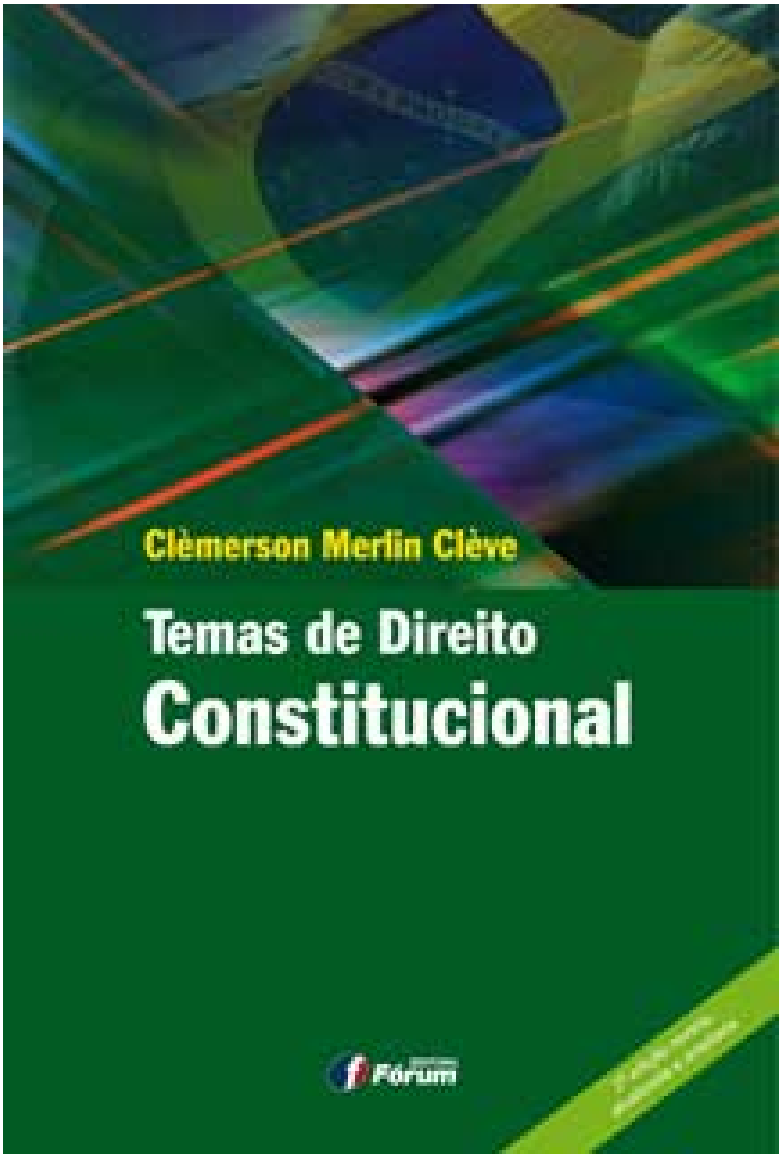
Clèmerson Merlin Clève
Temas de Direito
Constitucional
Fórum

TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PÁGINA EM BRANCO

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE

TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

2ª edição revista, atualizada e ampliada

Belo Horizonte

EDITORA Fórum

2014

© Clèmerson Merlin Clève
1993 1ª edição Acadêmica
© 2014 2ª edição revista, atualizada e ampliada Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alexandre Coutinho Pagliarini
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Cesar Augusto Guimarães Pereira
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Inês Virgínia Prado Soares
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Juarez Freitas
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Márcio Cammarosano
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Ney José de Freitas
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra

EDITORA Fórum

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Bibliotecários: Izabel Antonina A. Miranda – CRB 2904 – 6ª Região
Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte – CRB 2842 – 6ª Região
Indexação: Ana Carolina de Camargo Clève
Pedro Henrique Gallotti Kenicke
Capa e projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

C635t Clève, Clèmerson Merlin

Temas de direito constitucional / Clèmerson Merlin Clève. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

503 p.
Possui índices
ISBN 978-85-7700-810-0

1. Direito constitucional. 2. Direito público. 3. Filosofia jurídica. I. Título.

CDD: 342
CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 503 p. ISBN 978-85-7700-810-0.

Para meu pai, cujas lições formaram o núcleo de minha consciência moral. E, também, para:

Sansão Loureiro,

*Celso Ribeiro Bastos (*em memória*),*

Paulo Bonavides,

José Afonso da Silva,

Celso Antônio Bandeira de Mello e

Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

meus mestres.

PÁGINA EM BRANCO

NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO 17

PARTE I
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1
SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM 21
1.1 Os direitos do homem e a América Latina 21
1.2 Para situar os direitos do homem 22
1.3 Propondo uma política dos direitos do homem 24
Referências 25

CAPÍTULO 2
ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 27
2.1 Considerações iniciais 27
2.2 Colisão de direitos fundamentais 27
2.3 O método hermenêutico concretizador e os princípios da interpretação constitucional 29
2.4 Princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais 32
2.5 A ponderação de bens como método adequado para solução de colisão de direitos fundamentais 34
Referências 36

CAPÍTULO 3
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM NOS SISTEMAS REGIONAIS AMERICANO E EUROPEU – UMA INTRODUÇÃO AO ESTUDO COMPARADO DOS DIREITOS PROTEGIDOS 39
3.1 Introdução 39
3.1.1 O contexto 39
3.1.2 Tema e justificativa 40
3.2 Comparação quanto às condições de proteção 46
3.2.1 A forma das convenções 46
3.2.2 Universo de aplicação 49
3.2.2.1 Universo de aplicação quanto aos destinatários 50
3.2.2.2 Universo de aplicação quanto ao tempo 51
3.2.2.3 Universo de aplicação quanto à matéria 52
3.2.3 Mecanismos protetores 54
3.3 Comparação quanto ao conteúdo protegido 58
3.3.1 Questão metodológica 58
3.3.2 Conteúdos regulados pela Convenção Americana e não regulados pela Convenção Europeia 59
3.3.2.1 Proteção da honra e dignidade humana 59

3.3.2.2 Direito ao nome....60
3.3.2.3 Direito a uma nacionalidade....60
3.3.2.4 Direito de igualdade em face da lei....60
3.3.2.5 Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica....61
3.3.2.6 Direitos econômicos, sociais e culturais....62
3.3.2.7 Outros direitos....64
3.3.3 Conteúdos regulados pelas duas Convenções....64
3.3.3.1 Proteção da vida e integridade pessoal....65
3.3.3.1.1 Direito à vida....65
3.3.3.1.2 Direito à integridade da pessoa....66
3.3.3.1.3 Interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado....66
3.3.3.2 Proteção da liberdade e segurança individuais....67
3.3.3.2.1 Princípio....67
3.3.3.2.2 Garantias da pessoa privada da liberdade....68
3.3.3.2.3 Direito a uma boa administração da justiça....70
3.3.3.3 Proteção da intimidade....71
3.3.3.3.1 Princípio....71
3.3.3.3.2 Delimitação do conteúdo protegido....71
3.3.3.4 Proteção da atividade intelectual....73
3.3.3.4.1 Liberdade de manifestação e expressão....73
3.3.3.5 Proteção da atividade social e política....75
3.3.3.5.1 Direitos de reunião e de associação....75
3.3.3.5.2 Direitos políticos propriamente ditos....75
3.3.3.6 Proteção da propriedade privada....77
3.3.3.7 Proteção da liberdade de locomoção e residência....77
3.3.3.7.1 Princípio....77
3.3.3.7.2 Expulsões....78
3.4 Conclusão....78
Referências....79

CAPÍTULO 4
O CIDADÃO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO....83
4.1 Introdução....83
4.2 Dados genéricos sobre a questão da cidadania....83
4.3 Formas de participação do cidadão na gestão da coisa pública....84
4.3.1 O cidadão eleitor....84
4.3.2 O cidadão agente do poder....84
4.3.3 O cidadão colaborador (gestão privada de interesses públicos)....85
4.3.4 O cidadão seduzido....88
4.3.5 O cidadão censor....89
4.3.6 O cidadão propriamente participante....92
4.4 A participação propriamente dita....92
4.4.1 A cidadania participativa e o território político....93
4.4.2 A cidadania participativa e o território administrativo....95
4.4.3 As formas de participação no processo decisório de natureza administrativa....97
4.4.3.1 A participação de fato....97
4.4.3.2 A participação regulada....98
4.5 Conclusões....99
Referências....100

CAPÍTULO 5
HABEAS DATA – ALGUMAS NOTAS DE LEITURA 103

CAPÍTULO 6
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PATERNALISMO – CONSIDERAÇÕES SOBRE A *LEI DA FICHA LIMPA* 111
6.1 Política e judicialização 111
6.2 Considerações sobre as decisões do STF 114
6.3 As razões da democracia 123
6.4 Caminhando para a conclusão – Exigência constitucional, Lei da Ficha Limpa e paternalismo libertário 126
Referências 129

CAPÍTULO 7
EXPULSÃO DO PARTIDO POR ATO DE INFIDELIDADE E PERDA DO MANDATO 131

CAPÍTULO 8
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO 139
8.1 Introdução 139
8.2 Direito à informação no quadro da reconfiguração do papel do Estado 139
8.3 Acesso à informação e legitimidade – A prática pública da democracia 142
8.3.1 Estado provedor ou regulador? 142
8.3.2 Regulação e *accountability* 147
8.4 A nova Lei de Acesso à Informação 149
8.4.1 Experiências de aplicação 151
8.4.2 Relações de parceria da Administração Pública e direito à informação 152
8.5 Considerações finais – Direito à informação no constitucionalismo emancipatório 154
Referências 155

CAPÍTULO 9
AÇÕES AFIRMATIVAS, JUSTIÇA E IGUALDADE 157
9.1 As ações afirmativas são justas? 157
9.2 O princípio constitucional da igualdade 167
Referências 172

PARTE II
JUDICIÁRIO E FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

CAPÍTULO 1
PODER JUDICIÁRIO – AUTONOMIA E JUSTIÇA 175
1.1 Função jurisdicional e Judiciário 175
1.2 O problema da autonomia 176
1.3 O problema do controle 178
1.4 O problema da justiça 183
1.5 A questão do acesso à justiça 187
1.6 Considerações finais 190
Referências 190

CAPÍTULO 2
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS.....195
2.1 Poder Judiciário – Autonomia e responsabilidade 195
2.2 Características da responsabilidade por ato jurisdicional.....196
2.2.1 Superando os argumentos imunizatórios.....197
2.2.2 Configuração da atividade jurisdicional danosa 200
2.3 Atos jurisdicionais danosos.....201
2.3.1 Hipóteses incontroversas.....202
2.3.2 Hipóteses controversas 203
2.4 Conclusão.....206
Referências 206

CAPÍTULO 3
NOTAS SOBRE A JUSTIÇA ELEITORAL.....209
3.1 Introdução – A legitimidade como fundamento do poder político 209
3.2 O direito eleitoral como regulação do método democrático de legitimação do poder.....210
3.3 A experiência eleitoral no Estado brasileiro – Breve panorama histórico.....211
3.3.1 A experiência eleitoral no Império.....211
3.3.2 A experiência eleitoral na Primeira República 212
3.3.3 A experiência eleitoral do pós 1930.....213
3.4 O sistema eleitoral brasileiro na atualidade 213
3.4.1 Sistema de verificação dos poderes.....213
3.4.2 Sistema eclético 214
3.4.3 Sistema jurisdicional puro – A Justiça Eleitoral.....214
3.5 Organização da Justiça Eleitoral.....215
3.5.1 Órgãos da Justiça Eleitoral 216
3.5.2 Composição dos órgãos da Justiça Eleitoral.....216
3.5.2.1 Tribunal Superior Eleitoral.....216
3.5.2.2 Tribunais Regionais Eleitorais 216
3.5.2.3 Juntas Eleitorais 216
3.5.2.4 Juízes eleitorais.....217
3.6 O Ministério Público Eleitoral 217
3.7 A Justiça Eleitoral e suas atribuições.....217
3.7.1 Competência administrativa funcional 217
3.7.2 Competência administrativa eleitoral.....217
3.7.3 Competência normativa funcional 218
3.7.4 Competência normativa eleitoral 218
3.7.4.1 As consultas.....218
3.7.4.2 As instruções 218
3.7.5 Competência jurisdicional propriamente dita.....219
3.8 Para concluir.....219
Referências.....220

CAPÍTULO 4
ELEIÇÃO PARA CARGOS DIRETIVOS DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA. LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL.....221
4.1 A questão em debate 221
4.2 A inconstitucionalidade do art. 99, I da Constituição Estadual do Paraná e do art. 82, §8º do Regimento Interno do TJ/PR.....222

4.3 Inaplicação das disposições inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Paraná 225
4.4 Conclusão....227
Referências....228

CAPÍTULO 5
A CONSTITUIÇÃO E OS REQUISITOS PARA A INVESTIDURA DO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ESTADOS....229
5.1 Introdução....229
5.2 Procedimento de escolha do chefe do Ministério Público....229
5.3 Sistema de freios e contrapesos....232
5.4 Forma de escolha da chefia do Ministério Público e independência funcional....233
5.5 O papel do chefe do Executivo....236
5.6 Defesa da Constituição e devida composição da lista tríplice....238
5.7 Conclusão....241
Referências....241

CAPÍTULO 6
CONSIDERAÇÕES SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO – REGIME CONSTITUCIONAL E PODER DE INVESTIGAÇÃO EM MATÉRIA CRIMINAL....243
I – Regime Constitucional....243
6.1 Introdução....243
6.2 O Ministério Público no quadro da organização dos Poderes....244
6.3 Os princípios institucionais do Ministério Público....245
6.4 Órgãos do Ministério Público....246
6.5 As garantias de independência do Ministério Público....246
6.5.1 As garantias institucionais....247
6.5.2 Garantias funcionais do Ministério Público....250
6.6 Funções institucionais do Ministério Público....254
II – Ministério Público e investigação criminal....255
6.7 Introdução....255
6.8 Interpretação constitucional....257
6.9 Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual....259
6.9.1 Investigação e acusação no juizado de instrução....259
6.9.2 Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro....261
6.10 Competência constitucional e Ministério Público....264
6.11 Autorização constitucional – Legitimidade do poder investigatório do Ministério Público....268
6.12 Investigação criminal, Ministério Público e devido processo legal....270
6.13 Conclusão....272
Referências....272

PARTE III
ESTADO FEDERAL, PODER LEGISLATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CAPÍTULO 1
O ESTADO BRASILEIRO – ALGUMAS LINHAS SOBRE A DIVISÃO DE PODERES NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988....277
1.1 Introdução....277
1.2 Técnicas de distribuição constitucional de competências....280

1.3 O princípio da autonomia do Estado-Membro na Federação brasileira – A distribuição espacial de competências....281
1.3.1 Os poderes dos Estados-Membros....282
1.3.1.1 O Poder Constituinte....282
1.3.1.1.1 Princípios enumerados....283
1.3.1.1.2 Princípios estabelecidos....284
1.3.1.2 O poder político-administrativo....284
1.3.2 As competências dos Estados-Membros....284
1.3.2.1 Competência político-administrativa....285
1.3.2.1.1 Competência internacional....285
1.3.2.1.2 Competência militar....285
1.3.2.1.3 Competência política....285
1.3.2.1.4 Competência administrativa....286
1.3.2.2 Competência financeira....287
1.3.2.3 Competência legislativa....287
1.3.2.4 Competência social-econômica....290
1.3.2.4.1 A discriminação constitucional de rendas....291
1.3.2.4.2 O problema do desenvolvimento....293
1.4 Conclusão....295
Referências....295

CAPÍTULO 2
A LEI NO ESTADO CONTEMPORÂNEO....299
2.1 Generalidades....299
2.2 O papel da lei....303
2.3 Ato legislativo e Poder Executivo....304
2.4 A título de conclusão....305
Referências....306

CAPÍTULO 3
MEDIDAS PROVISÓRIAS E TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988....307
3.1 Introdução....307
3.2 A Emenda Constitucional nº 32/2001, tributação e medida provisória....309
3.2.1 Impostos....309
3.2.2 Contribuições....314
3.2.3 Empréstimos compulsórios, impostos de competência residual e extraordinários....315
3.3 Conclusão....316
Referências....317

CAPÍTULO 4
PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA....319

CAPÍTULO 5
PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA....323
5.1 A atividade legislativa e sua descentralização....323
5.2 A participação do Executivo no processo de elaboração da lei....324
5.3 A atividade normativa do Poder Executivo no Brasil....326
5.4 Atividade normativa secundária – Os regulamentos....326
5.4.1 Limitações formais....328
5.4.2 Limitações materiais....330

5.5 Algumas distinções necessárias....331
5.6 Relações entre o regulamento e a lei....333
5.7 Alguns tipos de regulamentos e o direito brasileiro....334
5.7.1 Os regulamentos autônomos?....334
5.7.2 Os regulamentos independentes....335
5.7.3 Os regulamentos de necessidade?....335
5.7.4 Os regulamentos de execução....336
5.8 Regulamentos delegados?....338
5.8.1 Delimitação conceitual....338
5.8.2 Natureza dos regulamentos delegados....339
Referências....341

CAPÍTULO 6
DIREITO CONSTITUCIONAL, NOVOS PARADIGMAS, CONSTITUIÇÃO GLOBAL E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO....345
6.1 Introdução....345
6.2 Direito constitucional da efetividade....346
6.3 Direito constitucional e superação de fronteiras....350
6.4 Direito constitucional global....351
6.5 Integração regional e Mercosul....353
6.6 Experiência europeia....353
6.7 Considerações finais....355
Referências....355

CAPÍTULO 7
ESTADO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMOS E TRIBUTAÇÃO....357
7.1 Introdução....357
7.2 Neoconstitucionalismos?....358
7.3 Os direitos fundamentais....361
7.4 A jurisdição constitucional....363
7.5 Tributação e jurisdição constitucional....367
Referências....367

CAPÍTULO 8
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA PETROLÍFERA E LEI Nº 9.478/1997....371
8.1 O regime constitucional do petróleo....371
8.2 A garantia do monopólio da União sobre o petróleo....372
8.3 A interpretação do regime constitucional de monopólio estatal do petróleo....373
8.4 A Lei nº 9.478/1997....374
8.5 Conclusão....375

CAPÍTULO 9
A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO....379
9.1 Introdução....379
9.2 Reforma do Estado brasileiro e ênfase na intervenção estatal indireta....379
9.2.1 Setores estratégicos de infraestrutura, transferência da prestação de atividades econômicas para a iniciativa privada e a criação das agências reguladoras....381

9.2.2 Escopos da atividade regulatória 382
9.3 Relação entre regulação estatal setorial e antitruste 384
9.4 Autoridade antitruste (CADE) e competências regulatórias setoriais 387
Referências 391

PARTE IV

CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO 1
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 395
1.1 Introdução 395
1.2 Primeiros apontamentos 396
1.3 Natureza, finalidade e procedimento 397
1.4 Legitimidade processual ativa e passiva 398
1.5 Participação dos *amici curiae* 400
1.6 Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica 401
1.7 A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos 405
1.8 Considerações finais 408
Referências 408

CAPÍTULO 2
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 411

CAPÍTULO 3
INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 419
3.1 Introdução 419
3.2 O exame das condições factuais 419
3.3 A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de segmento normativo 420
3.4 O princípio constitucional da eficiência 422
3.5 Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade 426
3.6 Considerações finais 431
Referências 432

CAPÍTULO 4
ADI Nº 1.856/RJ – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE REGULAMENTA A DENOMINADA *RINHA DE GALO* COMO ESPORTE. COMENTÁRIO 435
4.1 O caso 435
4.2 O problema de fundo e a solução 436
4.3 Para concluir 440
Referências 440

CAPÍTULO 5
ULTRATIVIDADE DE NORMA CONSTITUCIONAL – EFETIVAÇÃO NO CARGO DE TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL COM FUNDAMENTO EM DISPOSITIVO DE CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA 441
5.1 Introdução 441
5.2 Prescrição quanto à efetivação realizada 441
5.3 Efetivação com fulcro no art. 208 da CF/1967 443

5.3.1 Satisfação dos requisitos para a efetivação no cargo de titular 443
5.3.2 A superveniência da CF/1988 não impede a efetivação 445
5.3.3 A proteção da confiança legítima 448
5.4 Considerações finais 450
Referências 450

PARTE V
MATÉRIAS DE CIRCUNSTÂNCIA

CAPÍTULO 1
MEDIDAS PROVISÓRIAS – MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO? 455

CAPÍTULO 2
A MAIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO 459

CAPÍTULO 3
SOBRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS (entrevista) 461

CAPÍTULO 4
SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL (entrevista) 465

CAPÍTULO 5
OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (entrevista) 467

CAPÍTULO 6
SAUDAÇÃO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR CAIO TÁCITO 471

CAPÍTULO 7
DISCURSO EM AGRADECIMENTO PELA CONCESSÃO DO TÍTULO DE CIDADÃO HONORÁRIO DE CURITIBA 473

CAPÍTULO 8
DISCURSO PROFERIDO EM NOME DA FAMÍLIA NA SOLENIDADE DE INAUGURAÇÃO DE FÓRUM ELEITORAL QUE LEVA O NOME DO SERVIDOR HORLEY CLÈVE COSTA 479

CAPÍTULO 9
NE TE QUAESIVERIS EXTRA 483

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 487

ÍNDICE DA LEGISLAÇÃO 495

ÍNDICE ONOMÁSTICO 499

PÁGINA EM BRANCO

Esta é a segunda edição de um livro cuja primeira está esgotada há algum tempo. Trata-se de uma coletânea de estudos redigidos para propósitos distintos: uma conferência, um artigo de jornal ou de revista especializada, um memorial. São, portanto, textos de militância jurídica, escritos, em geral, a quente para fazer em face de algum desafio. Assim mesmo, conquanto historicamente marcados, transcendem o tempo da manufatura. Vários artigos, porque residindo em sítio mais próximo da filosofia, foram, uma vez atualizados, publicados em outro volume.[1] Aqui, nesta obra, ao lado das entrevistas e dos discursos organizados em capítulo novo e próprio, permaneceram aqueles mais estreitamente ligados ao campo da experiência jurídica, em particular, do direito constitucional. Todos foram revistos. Outros, mais recentes, também estão incorporados à obra, que ficou sensivelmente maior. Alguns deles foram, para minha satisfação, escritos a quatro mãos.[2] Imagino que, com as medidas tomadas, o livro ficou não apenas mais volumoso, mas também bastante melhor. Na tarefa de revisão e atualização, pude contar com o inestimável auxílio da equipe de pesquisa que mantenho no meu escritório de advocacia. Agradeço, portanto, a dedicação dos pesquisadores Bruno Meneses Lorenzetto, Ana Lúcia Pretto Pereira, Júlia Ávila Franzoni, Ana Carolina de Camargo Clève e Pedro Henrique Gallotti Kenicke, todos igualmente integrantes do *NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais)* da centenária Faculdade de Direito da UFPR. Agradeço, finalmente, à minha família, sem a qual o breve instante de permanência neste pequeno planeta não teria o rico sentido que torna tudo proveitoso, indispensável mesmo, e mais bonito.

Alto da Glória da cidade de Curitiba, em março de 2013.

---

1 *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

2 Algumas notas sobre colisão de Direitos Fundamentais (Alexandre Reis Siqueira); Jurisdição constitucional e paternalismo – Considerações sobre a *Lei da Ficha Limpa* (Bruno Meneses Lorenzetto); Administração Pública e Lei de Acesso à Informação (Júlia Ávila Franzoni); Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais (Júlia Ávila Franzoni); A Constituição e os requisitos para a investidura do Chefe do Ministério Público nos Estados (Alessandra Ferreira Martins); O Estado brasileiro – Algumas linhas sobre a divisão de poderes na Federação brasileira à luz da Constituição de 1988 (Marcela Moraes Peixoto); Princípios constitucionais da atividade econômica petrolífera e Lei nº 9.478/1997 (Alessandra Ferreira Martins); A Constituição econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no Direito brasileiro (Melina Breckenfeld Reck); Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Cibele Fernandes Dias); Inconstitucionalidade decorrente de circunstâncias fáticas e a Administração Pública (Cláudia Honório); Ultratividade de norma constitucional – Efetivação no cargo de titular de serventia extrajudicial com fundamento em dispositivo de Constituição pretérita (Cláudia Honório).

PÁGINA EM BRANCO

PARTE I

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

PÁGINA EM BRANCO

SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM[1]

1.1 Os direitos do homem e a América Latina

As "locas", em Buenos Aires, mesmo nos piores momentos da ditadura militar argentina, não deixaram de comparecer diariamente à "Plaza de Mayo", embora sabendo que os filhos reclamados já não estavam neste mundo. Foram, durante um tempo de dor e silêncio,[2] o signo que marcou uma geração, denunciando o desaparecimento de cidadãos de um país que não os reconhecia como tais. As "locas" são o símbolo, a cruz e a espada, a materialização de uma dor e de uma resistência que não podem ser esquecidas jamais. As "locas" são a tipificação (vergonhosa) de um tempo e como tal devem permanecer para sempre.

Todavia, a América Latina oferece outro símbolo, resultado de outro momento histórico: a multidão nas ruas. São objetos do poder reivindicando a condição de humanidade. Pessoas que reclamam do Estado insensível sua condição de sujeitos da história. Multidões que reivindicam a participação na gestão da coisa pública, a possibilidade do autogoverno, a conquista da condição cidadã.

Dois momentos, dois signos históricos, dois símbolos políticos: as "locas" e as multidões. Dois mundos num mesmo continente, num mesmo país. O antes e o depois. A América muda, quer mudar. Mas qual mudança?

Como lembra Gómez,[3] o mais significativo é que a mudança se opera sob o signo dos direitos do homem. A mudança nas estruturas, a queda das autocracias, a alternância das elites no poder, isso é velho. Novo, na América Latina, é a mudança reivindicada pelas classes populares, sociedade civil, movimentos sociais, apoiados nos direitos humanos. E, aqui, há uma esperança.

O que se quer, hoje, é democracia, autogoverno, autonomia pública e privada. Democracia como modo legítimo de resolução de conflitos. Democracia como meio de participação e de controle do poder. Quer-se democracia como forma de gestão do espaço público e, mais do que isso, como espaço de afirmação dos direitos do homem.

---

[1] Texto originalmente publicado no Jornal *O Estado do Paraná*, Curitiba, 27 mar. 1988.

[2] Sobre o tema: GÓMEZ. *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*.

[3] *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*.

Em suma, a mudança na América Latina se opera a partir dos direitos humanos. Estes, não enquanto complemento de um tipo de organização do poder político, mas como pano de fundo, base necessária a partir da qual um dado tipo de governo — e não outro — é indispensável. Mas, reclamar por direitos significa também compreendê-los, elucidá-los, ou seja, indicar certo conteúdo mínimo para o seu território de significação. Pressupõe, pois, uma leitura sobre a matéria, sob pena de a reivindicação se identificar com o vazio.

A questão da leitura dos direitos do homem não é simples. Pouco transparente, exige *démarches* que não se confundem com a mera descrição ou classificação de seus termos. Trata-se, antes, de pesquisar o conteúdo de interesse escondido por trás dos direitos do homem. O problema é velho, mas continua atual. Radica em boa parte na célebre antítese, que vem desde Marx,[4] entre os direitos (liberdades) formais e os direitos (liberdades) reais. Cada extremo da relação corresponde a certa concepção de sociedade, de política e de homem.

1.2 Para situar os direitos do homem

Certa leitura de Marx radicalizou o pensamento segundo o qual os direitos afirmados pelas Declarações Americana e Francesa do século XVIII não passavam de direitos formais, típicos de sociedades burguesas, exercitáveis unicamente pela classe burguesa. A base desse pensamento está, com efeito, presente em *A questão judaica*. A diferença é que Marx reconheceu o caráter positivo, apesar de suas críticas, da positivação dos direitos, o que outras gerações de marxistas não souberam (ou não quiseram) fazer.

Mesmo reconhecendo a importância relativa dos direitos formais, Marx reclamou os direitos reais, aqueles substantivos, materiais, orientados à realização da igualdade fática entre os seres humanos. Privilegiando-os, deixou, entretanto, espaço aberto na esfera teórica para a instalação de um reino no qual a recusa dos direitos formais foi dogma.

Por trás dos direitos formais subsiste uma teoria do Estado que defende, primordialmente, a participação popular nos negócios públicos, que reclama a democracia (formal) contra a autocracia e que separa o poder estatal em funções autônomas. Uma teoria do Estado implícita, que coincide com a construção liberal constitucionalizada, ou seja, com a ossatura institucional conhecida nos países democráticos ocidentais. Uma arquitetônica política orientada, em princípio, para socorrer a sociedade civil contra o perigo da opressão estatal.[5]

O mesmo não se passa com a teoria dos direitos reais. Por detrás dessa teoria, não aparece, mesmo implicitamente, uma concepção do Estado, um arranjo institucional dando conta do exercício do poder ou do funcionamento da máquina política.[6] Ao contrário, o discurso dos direitos reais não reivindica uma teoria do Estado. Há, sim, uma teoria do desaparecimento dele e, portanto, do Direito.

Mas a teoria não foi suficientemente problematizada. As poucas linhas deixadas por Marx, nas quais analisava a experiência (riquíssima, diga-se de passagem) da Comuna de Paris, e as lições de Lênin, em *O Estado e a revolução*, trazem algumas luzes

[4] GÓMEZ. *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*. Também: LEFORT. *A invenção democrática*, p. 37-69; ARON. *Essai sur les libertés*; MARX. *A questão judaica*.

[5] GÓMEZ. *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*.

[6] BOBBIO. *Qual socialismo?*.

para o tema. Entretanto, são linhas genéricas, quase superficiais. Tudo se passa como se, com a mudança do sujeito histórico, ou seja, a classe no poder, a natureza do Estado também pudesse mudar.[7] Se o proletariado é bom, assim será a natureza da ditadura do proletariado, do novo Estado. Não existem, segundo essa ótica particular, conflitos que ultrapassam as classes: se o poder é popular, ele não trabalhará contra o povo. A teoria dos direitos reais chegou onde podia chegar. O espectro do Gulag, como demonstrou Claude Lefort, indica que algo não funcionou. Em nome dos direitos reais (casa, alimentação, saúde) os chamados direitos formais podem ser abolidos. Este é o ponto a partir do qual o fantasma do totalitarismo deixa de substanciar mera ficção.[8]

A orientação, iniciada por Marx, mas simplificada demasiadamente por seguidores menos críticos, acabou por negligenciar o papel revolucionário dos direitos do homem. Esquece que os direitos civis e políticos são algo mais do que meras proposições burguesas.[9] São, de fato, direitos conquistados na história[10] por meio de movimentos recorrentes e insistentes, muitas vezes à custa de sangue. Esqueceu, ainda, que os ditos direitos formais não deixam de ser também reais, pois representam um escudo de proteção real do cidadão contra o Estado (ou particular) opressor.[11]

Contudo, se a teoria dos direitos reais tem como consequência a ameaça do totalitarismo, a teoria privilegiadora dos direitos formais, em seu purismo primitivo, conduz à instauração do Estado policial ou *gendarme*. Aquele Estado típico das sociedades do século XIX e latino-americanas do início do século XX que, em nome da livre estipulação contratual, punia os movimentos sociais; que, em defesa da "ordem", proibia as manifestações públicas, a criação de sindicatos; que, em nome do direito de propriedade, proibia o direito de greve e assim por diante.

A história dos movimentos populares nos Estados ocidentais, e mesmo as contradições típicas da sociedade capitalista, levaram a um alargamento dos direitos do homem. Operou-se, por assim dizer, uma síntese superadora do antigo antagonismo entre as ditas liberdades reais e formais.

Inicialmente, a natureza dos direitos do homem se identificava com determinadas *liberdades* do indivíduo face e contra o Estado. Essa concepção é contemporânea da desconfiança em relação ao poder, compartilhada com o marxismo, mas que, ao contrário deste, prega a limitação do Estado,[12] entendendo-o como um mal necessário. Ora, em qualquer lugar e, particularmente, na América Latina, diante das injustiças e assimetrias que residem ainda na sociedade, o Estado tem um inestimável papel a cumprir.

Papel exigente da intervenção no domínio do que se convencionou chamar de privado[13] para, modificado o quadro de tarefas estabelecido pela ideologia liberal, oferecer meios voltados à realização dos direitos do homem. Este é o resultado da afirmação de uma nova dimensão de direitos.[14] O nascimento de um conjunto de direitos de crédito

---

7 BOBBIO. *Qual socialismo?*.

8 LEFORT. *A invenção democrática*.

9 GÓMEZ. *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*.

10 Cf. COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*; LAFER. *A reconstrução dos direitos humanos*.

11 GÓMEZ. *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*.

12 COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*.

13 RIVERO. *Les libertés publiques*. Consultar, especialmente, o capítulo II.

14 Direitos que têm levado à construção de uma dogmática cada vez mais comprometida com a sua efetividade. Cf.: ABRAMOVICH; COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibiles*; LEIVAS. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*; PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantias*; QUEIROZ. *O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial; QUEIROZ. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade; SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*.

frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação) altera profundamente a natureza dos direitos humanos. Estes agora serão, a um só tempo, *liberdades* e *créditos* do indivíduo (ou grupo) exigíveis do Estado e, eventualmente, particularmente naquilo que decorre de sua eficácia horizontal, também dos particulares.[15]

Se as liberdades se manifestam por meio de uma atuação prevalentemente negativa do poder público (abstenção do Estado), os créditos exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução das demandas reconhecidas como direitos.[16]

A expressão "prevalentemente" foi utilizada para definir a prestação do Estado em cada domínio (liberdades e créditos) não por acaso. Justifica-se tal uso, uma vez que a ação do Estado no domínio das liberdades é também positiva: promulga a lei, define o regime jurídico das liberdades, controla o seu exercício (mediante a Administração e a Jurisdição), sanciona sua violação e assim por diante. No caso dos direitos, a essas tarefas soma-se a instituição de mecanismos, sem os quais tais créditos restariam mera expectativa. Sem escolas públicas, o direito à educação é letra morta. Trata-se da construção de hospitais para a implementação do direito à saúde, do acionamento de uma política de pleno emprego para a garantia do direito ao emprego (não confundir com o direito ao trabalho). Como se pode perceber, a ação do Estado neste campo é prevalentemente positiva. Na primeira situação, é prevalentemente negativa. Aqui, embora o poder público se manifeste positivamente, isso ocorre em princípio para assegurar o gozo do direito pelo particular, gozo que não depende, em princípio, de nenhuma ação concreta e específica da ação governamental.

A concepção dos direitos do homem como *liberdades* e *créditos*, além de manter implícita uma teoria de Estado (mais precisamente uma teoria do exercício do poder no Estado), identificada com o que se entende por democracia constitucional, opera a fusão de duas noções até há pouco dissociadas: *liberdade* e *capacidade*.[17]

Não basta a afirmação jurídica de uma liberdade. O uso da liberdade pressupõe a capacidade para gozá-la.[18] O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma morada, de um domicílio. O direito à educação pressupõe a existência de meios (alimentação, vestuário) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, não poderá ser usufruída. Os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades no e contra o Estado. E estas, como numa cadeia contínua, são o terreno a partir do qual novas liberdades, ou seja, outras dimensões de direitos podem emergir.

1.3 Propondo uma política dos direitos do homem

Tudo se passa como se os direitos do homem compusessem um espaço único. Mais do que isso, um espaço histórico, um processo, um caminho de invenção permanente,[19]

---

[15] A eficácia horizontal dos direitos fundamentais de dimensão prevalentemente negativa é largamente trabalhada na doutrina. Sobre o tema, consultar: SILVA. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares; SARMENTO. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Quanto aos direitos de dimensão prevalentemente positiva, consulte-se os comentários de: ARANGO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*.

[16] RIVERO. *Les libertés publiques*.

[17] Sobre o conceito de capacidade em relação à liberdade consultar: ARON. *Essai sur les libertés*.

[18] Cf. BARROSO. *Temas de direito constitucional*, p. 75-99.

[19] LEFORT. *A invenção democrática*.

onde o que mais importa é o ser humano, cidadão e sujeito de seu tempo e lugar, de sua história individual e coletiva.

Tomara que a América Latina encontre, definitivamente, o caminho da busca da dignidade humana, assumindo, por meio da democratização permanente de suas estruturas, sociedades nacionais e aparatos estatais, uma política dos direitos do homem, definida como, a só um tempo, política da *capacidade* e da *liberdade* do ser humano. Pelo menos, este é o objetivo perseguido pelas multidões que já saíram às ruas não poucas vezes.

Que outras "locas" não necessitem somar-se ao contingente da "Plaza de Mayo". Ou das outras praças espalhadas pelo continente. Mas, que as praças continuem a manter seu *status* de local público aberto, plural, em que se possam realizar manifestações, reivindicações por direitos de todas as dimensões, pelos mais distintos grupos políticos organizados. O caminho, portanto, se coloca no sentido da progressiva consolidação das democracias, ainda que as questões enfrentadas no Sul do mundo apresentem, muitas vezes, especificidades próprias, como, por exemplo, as referentes aos indígenas, aos negros, aos "criollos" e ao colonialismo, não reproduzíveis em outros contextos políticos.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibiles*. Madrid: Trotta, 2002.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

ARON, Raymond. *Essai sur les libertés*. Paris: Pluriel, Calmann-Lévy, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GÓMEZ, José Maria. *Direitos do homem, política e autoritarismo na América Latina*. Florianópolis: [S. l.], 1983. Mimeo.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Moraes, [s.d.].

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantias*. Madrid: Trotta, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris: Puf, 1973. t. I - Les droits de l'homme.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

PÁGINA EM BRANCO

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS[1]

2.1 Considerações iniciais

Este ensaio tem como *leitmotiv* o estudo do fenômeno da colisão de direitos fundamentais e os critérios utilizados para proporcionar soluções ajustadoras que não importem em excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito. A primeira parte do estudo visa à delimitação do conceito operacional de colisão de direitos fundamentais e à circunscrição de categorias cognatas ocasionalmente confundidas com o fenômeno em apreciação. No quadro desta perspectiva, optou-se por escolher o método hermenêutico concretista como aquele mais adequado para a abordagem proposta. Outra perspectiva privilegiada consiste na análise do princípio da proporcionalidade como critério necessário para a harmonização e adequação dos direitos fundamentais em situação de conflito. Apela-se ao método de ponderação como via adequada à promoção de solução justa nas colisões entre direitos fundamentais e entre estes e outros bens protegidos constitucionalmente. Por fim, pretende-se demonstrar que a busca por soluções ajustadoras às colisões de direitos fundamentais perpassa pelo manuseio, concomitante, do princípio da proporcionalidade e da técnica de ponderação de bens.

2.2 Colisão de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenhes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social.

Resulta então que, em determinadas situações, os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou chocam-se com outros bens protegidos constitucionalmente.

[1] Este texto, escrito com o Professor Ms. Alexandre Reis Siqueira, foi publicado no livro *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243, organizado pelo Professor Dr. Eros Roberto Grau.

Nessas situações, está-se diante da colisão de direitos fundamentais, fenômeno que emerge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos envolvidos.[2]

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito em situações especiais: nas hipóteses de concorrência de direitos fundamentais e de colisões de direitos fundamentais ou envolvendo direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional.

Tem-se como certo que a concorrência de direitos fundamentais manifesta-se quando um comportamento de um mesmo titular preenche os *pressupostos de fato* de vários direitos fundamentais.[3]

A concorrência de direitos fundamentais poderá decorrer do *cruzamento* de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos possui, em certos setores limitados, uma cobertura normativa igual. Outra sorte de concorrência surge a partir da *acumulação* de direitos, circunstância em que determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos fundamentais em um único sujeito.[4]

O fenômeno da concorrência de direitos fundamentais ostenta certo grau de dificuldade, a partir do instante em que os direitos envolvidos estão sujeitos a limites distintos. Conquanto inexista consenso acerca dos critérios adequados para a seleção destes limites, tenha-se presente que, para Canotilho e Moreira, o critério mais apropriado seria o de emprestar "prevalência aos direitos fundamentais menos limitados e de excluir a concorrência quando da presença de normas constitucionais de natureza especial".[5]

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição.[6] Nessa hipótese não se trata de *qualquer valor, interesse, exigência*, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico.[7] Bens jurídicos relevantes são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção.

Por conseguinte, a colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos "resulta de a Constituição proteger certos bens jurídicos que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão concreta com certo ou certos direitos fundamentais".[8] Dessa forma, a proteção de bens jurídicos ampara a restrição de direitos fundamentais com eles colidentes.

Em relação às colisões de direitos fundamentais, estas ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência dos direitos envolvidos.[9]

---

[2] Em relação ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais, conferir entre outros: STEINMETZ. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*; FARIAS. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação.

[3] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1227.

[4] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1227.

[5] CANOTILHO; MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*, p. 138.

[6] GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.

[7] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1230.

[8] CANOTILHO; MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*, p. 135.

[9] Neste sentido conferir: CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1229. O autor considera existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte

Canotilho considera o conflito existente entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais como hipótese de colisão entre direitos fundamentais. Nessa perspectiva, *conflito entre direitos fundamentais* e *bens jurídicos constitucionais* e *colisão de direitos fundamentais* reduzem-se a espécies ou modalidades de *colisão de direitos fundamentais*. Nesta linha, Robert Alexy discrimina colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.[10]

Em *sentido estrito*, a colisão entre direitos fundamentais opera a partir do momento em que o exercício ou realização de um direito fundamental de um titular irradia efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais coincidentes ou díspares.[11]

Por outro lado, a colisão de direitos fundamentais em *sentido amplo* afirma-se quando estão em conflito direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.[12]

Conforme se extrai das considerações desenvolvidas, os conflitos no sítio dos direitos fundamentais se apresentam sob as modalidades (i) concorrência de direitos fundamentais, (ii) colisão de direitos fundamentais em *sentido estrito* e (iii) colisão de direitos fundamentais em *sentido amplo*.

Cabe, neste momento, eleger critérios a serem utilizados para resolver situações que ensejam colisões de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos.

Faz-se opção, nesta ocasião, pela utilização do método hermenêutico constitucional concretista aliado ao princípio da proporcionalidade e ao método da ponderação de bens como critérios necessários a oferecer solução adequada aos conflitos de direitos fundamentais ocasionados no caso concreto.

2.3 O método hermenêutico concretizador e os princípios da interpretação constitucional

A presente abordagem é tributária da proposta de Konrad Hesse, para quem a leitura do texto normativo se dá, inicialmente, pela *pré-compreensão* de seu sentido através do intérprete. O sentido apreendido das normas constitucionais possibilita ao intérprete uma otimização prático-normativa, concretizando a norma a partir de uma posição histórica específica.

Conforme Konrad Hesse, a interpretação constitucional é concretização, e o ato de interpretar é condicionado à existência de passagens obscuras, que ocasionem dúvidas, reservando-se ao intérprete a determinação do conteúdo material da normativa constitucional.[13] Nesse sentido, a interpretação constitucional é imantada de criatividade, restando completo o conteúdo da norma com sua aplicação ao caso concreto. À criatividade exercida pelo intérprete vincula-se a normativa constitucional.

---

do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Em tal situação, não se está a transitar no território do cruzamento ou da acumulação de direitos, mas diante de um autêntico conflito de direitos fundamentais. Consultar também: GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*.

[10] ALEXY. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-79.

[11] Para José Carlos Vieira de Andrade, a "esfera de protecção de um certo direito é constitucionalmente protegido em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma norma ou princípio constitucional" (ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 220).

[12] Conferir: ALEXY. *El concepto y la validez del derecho*, p. 79-208.

[13] Cf. HESSE. *Escritos de derecho constitucional*.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o método hermenêutico concretista

> [...] vem a realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como o operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete transformando a interpretação em "movimento de ir e vir" (círculo hermenêutico).[14]

Nesse sentido, o método hermenêutico concretista orienta-se para um pensamento problematicamente direcionado.

O método hermenêutico concretizador, ao desempenhar sua tarefa, reclama o atendimento de alguns pressupostos: a pré-compreensão e o problema carente de solução.[15] O intérprete, ao compreender o conteúdo da normativa constitucional, encontra-se vinculado à sua situação histórica, que o condiciona em sua atividade criadora aos seus preconceitos e pré-juízos. Dessa forma, a compreensão do conteúdo material da norma tem como pressuposto a pré-compreensão do intérprete.

O segundo pressuposto a ser atendido no processo de concretização constitucional é o da existência do problema concreto a resolver. Deverá o intérprete relacionar a norma a ser compreendida ao problema que demanda solução, se pretender determinar seu exato conteúdo. A hermenêutica constitucional, para Konrad Hesse, não existe desvencilhada de problemas concretos.[16]

Conforme o mesmo autor, a compreensão do problema pressupõe um entendimento igualmente dependente da pré-compreensão do intérprete, que carece de uma fundamentação constitucional. Dessa forma, a teoria da Constituição converte-se em condição tanto da compreensão da norma como do problema carente de solução.

O método hermenêutico concretizador exige um procedimento adequado para a concretização das normas constitucionais. Conforme Konrad Hesse, mediante uma atuação de natureza tópica — orientada e vinculada pela norma —, haverão de se encontrar e se provar pontos de vista que, aferidos por meio da criação, sejam submetidos aos jogos de opiniões a favor e contra, buscando fundamentar a decisão da forma mais clara e convincente possível.[17] Deverá o intérprete afastar pontos de vista alheios ao problema, incluindo no programa normativo e no âmbito normativo os elementos concretizantes ofertados pela normativa constitucional.[18] Nesse sentido, exercem relevante função no processo concretizador os princípios da hermenêutica constitucional.

O método hermenêutico concretista apresenta um catálogo de princípios que otimizam a atividade de interpretação da Constituição. Tais princípios são imprescindíveis no processo de concretização constitucional. Para Canotilho, "a elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade da doutrina e práxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da

---

[14] CANOTILHO. *Direito constitucional*, p. 220.

[15] Para Klaus Stern, todo ato de interpretação é um trânsito do abstrato ao concreto. Nesse sentido, a interpretação é sempre concretização de normas através dos métodos de interpretação. Cf. STERN. *Derechos del estado de la república federal alemana*, p. 287.

[16] HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 62.

[17] HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 43.

[18] HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 43-44.

tarefa interpretativa".[19] Em razão da função exercida pelos princípios de interpretação constitucional no processo de solução de colisão de direitos fundamentais, torna-se imprescindível a abordagem deles em espécie.

O *princípio da unidade da Constituição* evidencia sua importância como princípio interpretativo, a partir do instante em que se considera a Constituição como um sistema unitário de normas e procedimentos. Deve o intérprete harmonizar os espaços de tensão entre as normas de natureza constitucional.

Otto y Pardo confere ao princípio da unidade da Constituição o *status* de critério fundamental no manuseio das técnicas de limitação e restrição de direitos fundamentais.[20] Em caso de colisão de normas constitucionais deverá o intérprete aferir no caso concreto a solução que preserve o *design* da Constituição.

O *princípio do efeito integrador* relaciona-se com a necessidade de conferir à resolução que põe termo aos conflitos normativos de natureza constitucional critérios que otimizem a integração política e social, proporcionando solução que dê continuidade à fórmula da unidade política.

O *princípio da conformidade constitucional* fixa o âmbito da competência funcional atribuída aos órgãos participantes do processo de interpretação da Constituição. Segundo Konrad Hesse, "el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y de dicha interpretación".[21]

O *princípio da eficiência* ou da *interpretação efetiva* imprime à norma constitucional máxima eficácia possível. O princípio da eficiência será invocado como critério interpretativo nas situações em que haja dúvida quanto à melhor interpretação possível, devendo-se optar pelo sentindo que lhe confira maior eficácia.

Daí a razão pela qual, quanto aos direitos fundamentais, nas situações que ensejam dúvidas, deve-se eleger a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

O *princípio da força normativa da Constituição* confere primazia, no âmbito discursivo dos problemas jurídico-constitucionais, aos argumentos que agreguem às normas constitucionais a máxima eficácia possível e atualização normativa. Como se vê, a aplicação do princípio da força normativa da Constituição no âmbito dos direitos fundamentais otimiza sua eficácia e reforça sua vinculação jurídico-constitucional, afastando-os da livre disposição do legislador.

O *princípio da interpretação conforme a Constituição*, mais que um critério interpretativo, substancia técnica de decisão no controle de constitucionalidade. Segundo Canotilho, o princípio da interpretação conforme a Constituição "ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma".[22] Com efeito, na presença de normas dotadas de conteúdos plurissignificativos, busca-se a interpretação que confira um sentido em conformidade com a Constituição.

Por fim, há o *princípio da concordância prática* ou da *harmonização*, que tem por finalidade imprimir aos conflitos entre bens jurídicos soluções de coordenação e combinação, afastando a possibilidade de ocorrência de sacrifícios de uns em relação aos

---

[19] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1187.

[20] OTTO Y PARDO; MARTIN-RETORRILLO. *Derechos fundamentales y Constitución*, p. 107-108.

[21] HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 47.

[22] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1189.

outros. Conforme Konrad Hesse, "[...] donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada 'ponderación de bienes' o incluso abstracta 'ponderación de valores', realizar, el uno a costa del otro [...]. La fijación de limites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad".[23] No exercício da concordância prática deve-se evitar ao máximo soluções que importem excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito.

O espaço de atuação da concordância prática tem coincidido com o território dos direitos fundamentais, onde exerce atividade de conciliação entre direitos fundamentais conflitantes mediante fixação de limites e condicionamentos recíprocos, proporcionando o afastamento de soluções de sacrifício.

Numa fórmula feliz de Konrad Hesse, pode-se dizer que ocorre razoável avanço em relação à tópica pura aplicada à interpretação constitucional. Hesse considera que "procedimento tópico vinculado em coerência com a peculiaridade da Constituição, relacionado ao problema, normativamente dirigido e limitado, que está consciente do significado da (pré)-compreensão, irá chegar por primeiro a resultados sólidos controláveis".[24]

Saliente-se que o método hermenêutico concretizador reconhece limites. Nesse particular, a hermenêutica constitucional está vinculada a algo estabelecido.

Os limites da hermenêutica constitucional encontram-se onde findam as possibilidades de uma compreensão adequada do texto da norma ou a partir do instante que um pronunciamento possa entrar em contradição unívoca com o texto da norma.[25]

Assim, para a hermenêutica constitucional que parte do primado do texto, é o texto constitucional o limite instransponível da atividade hermenêutica.

2.4 Princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais

O princípio da proporcionalidade exerce função primordial na teoria constitucional contemporânea. É de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais. Não existe um consenso doutrinário em torno de uma delimitação conceitual. As razões cambiam entre a complexidade intrínseca à natureza do princípio e as oscilações terminológicas e imprecisões conceituais. O princípio da proporcionalidade compreende, como alerta a melhor doutrina, os princípios parciais da *adequação*, da *necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*.

O *princípio da adequação* determina, dentro do faticamente possível, o meio eleito para atingir o fim estabelecido, mostrando-se apto e apropriado. O meio escolhido deve ser exigível para o caso concreto, não sendo possível a eleição de outro meio de igual eficácia. O *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* exige uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido.[26] Enfatiza Wilson Steinmetz que o resultado perseguido vincula necessariamente os efeitos produzidos em relação aos direitos fundamentais. Reclama-se na relação meio-fim mútua razoabilidade.[27]

---

[23] HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 45-46.

[24] HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 68.

[25] HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 69.

[26] Conferir: ALEXY. *Derecho y Razón Práctica*, p. 33.

[27] STEINMETZ. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 152.

Gavara de Cara considera que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito "se examina mediante una confrontación entre el objeto de la intervención y el efecto que tiene esa intervención en el derecho fundamental".[28] O princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.

Robert Alexy identifica o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens, eis que nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".[29] Nesse caso, necessário se faz checar a relação de precedência entre os princípios em tensão.

O princípio da proporcionalidade exige uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, conforme o peso a eles atribuído. Conforme Karl Larenz, "ponderar" e "sopesar" implicam apenas imagens, ou seja, não equivalem a grandezas quantitativamente mensuráveis, resultando apenas de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral como, de idêntica maneira, a situações concretas problematizantes. Dessa forma, a ponderação de bens deve ser realizada no caso concreto mediante um problema a ser resolvido.[30]

Portanto, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o "sopesamento" dos direitos fundamentais, assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão.[31]

Na Constituição de 1988, o *princípio da proporcionalidade* pode derivar do Estado de Direito (art. lº), confundindo-se, eventualmente, com o *princípio do devido processo legal substancial* previsto no art. 5º, LIV, da CF, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".[32]

Exige o princípio da proporcionalidade, nas hipóteses de restrição legislativa, que, no âmbito dos direitos e garantias, qualquer limitação feita por lei ou com base na lei seja adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).[33] Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, "a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins)";

> [...] a exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos "coactivo", relativamente aos direitos restringidos.

---

[28] GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, p. 308.

[29] ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 161.

[30] LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 575.

[31] Conferir sobre o tema: GUERRA FILHO. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 63-87. Ver, para tanto, do mesmo autor: *Teoria processual da Constituição*, p. 71-87; *Introdução ao direito processual constitucional*, p. 43-61.

[32] CASTRO. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Sobre a natureza e fundamentação normativas do princípio da proporcionalidade, conferir: STEINMETZ. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 155-172; ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 112.

[33] Conferir acerca do tema: BARROS. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*.

E, finalmente,

> [...] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da justa medida), significa que uma lei restritiva, *mesmo adequada e necessária*, pode ser inconstitucional, quando adote "*cargas coactivas*" de direitos, liberdades e garantias "*desmedidas*", "*desajustadas*", "*excessivas*" ou "*desproporcionadas*" *em relação aos resultados obtidos*.[34]

Da análise promovida em torno do princípio da proporcionalidade constata-se que, assim como o método hermenêutico concretista, a sua aplicação demanda atuação de outros critérios que devem ser aplicados, conjuntamente, às situações que envolvam colisões de direitos fundamentais.

A par dos critérios antes mencionados, faz-se opção neste ensaio pelo emprego concomitante do método de ponderação de bens como técnica necessária ao equacionamento das colisões entre direitos fundamentais.

2.5 A ponderação de bens como método adequado para solução de colisão de direitos fundamentais

A ponderação ou balanceamento compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.[35]

Deveras, a interpretação apresenta-se na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, como um procedimento destinado a adjudicar sentido à elaboração de uma norma de decisão. Nessa situação, à ponderação é conferida a missão de propiciar equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão. A atividade interpretativa principia por uma reconstrução e qualificação dos interesses contrapostos, atribuindo sentido à norma de decisão.[36] Por outro lado, a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa, conferindo, dessa forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada.

Canotilho adverte que a ponderação não é, de forma alguma, modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos. Afinal, o método de *balancing* é submetido a uma cuidadosa *topografia do conflito*, aliada a uma justificação da solução do conflito através do caso concreto.

A partir da *topografia do conflito*, o intérprete poderá, através do *teste de razoabilidade*, checar as áreas pertencentes ao âmbito normativo dos bens envolvidos no conflito. Por intermédio do *teste de razoabilidade*, poderá o intérprete aferir o conteúdo valorativo de interesses pretensamente invocados como dignos de proteção. Poderá ser o teste "um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar 'enquadrado' na esfera de protecção de uma norma constitucional".[37]

---

[34] CANOTILHO. *Direito constitucional*, p. 628.

[35] Sobre a temática, conferir: SARMENTO. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*; BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*.

[36] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Para o autor a topografia do conflito é a descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide, num caso específico, no âmbito de direitos ou bens em conflito. A checagem do conflito exige esclarecimento acerca de dois pontos: 1. Em que medida a área de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à área de um outro direito identicamente protegido. 2. O espaço restante aos bens em conflito para além da zona de sobreposição.

[37] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1201.

Como se vê, impõe-se o método da ponderação de bens nas situações em que existam pelo menos dois bens ou direitos albergados em normas jurídicas que, em determinadas situações, não possuem suas potencialidades otimizadas. Nessa esteira, "excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído, porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor 'reforçado' ou até absoluto".[38] Dessa forma, o método da ponderação de bens consiste em técnica capaz de propiciar em um campo de tensão principiológica a escolha do princípio que possui maior peso ou valor.

O método de ponderação de bens pode sugerir a existência de uma hierarquia dinâmica entre os princípios em tensão. Uma hierarquia axiológica, eis que confere em justa medida maior ou menor peso ou valor aos princípios colidentes. Dinâmica, por se estar diante de relação mutável que outorga primazia a uma relação específica, podendo inverter-se em situação diversa.[39]

À guisa de conclusão, cumpre lembrar que a resolução de colisão entre bens constitucionalmente protegidos reclama aplicação do princípio da concordância prática, eis que imprime coordenação necessária à efetivação concomitante dos bens em jogo. O princípio da unidade da Constituição clama otimização eficacial a ambos os bens. Segundo Konrad Hesse, o delineamento dos limites efetuados no caso concreto deve ser proporcional, não podendo extravasar os limites necessários à concordância entre os bens jurídicos em colisão.[40] O princípio da concordância prática carece do auxílio do princípio da proporcionalidade como forma de evitar o abandono do princípio da unidade da Constituição.[41] Nesse sentido, Friedrich Müller observa que o princípio da concordância prática formula, nos casos de concorrência e colisão de normas de direitos fundamentais, uma sobreposição parcial de âmbitos de vigência que permite traçar aos bens jurídicos envolvidos linhas fronteiriças de forma tão proporcional que eles cofundamentem também no resultado a decisão acerca do caso concreto.[42] Prossegue Friedrich Müller,

> [...] a otimização de todas as normas e de todos os bens tutelados envolvidos, exigida pelo princípio da concordância prática, não pode indicar positiva, mas só negativamente o objetivo da concretização. A concretização não deve atribuir globalmente, no sentido da "ponderação", o "primado" a uma norma e fazer a outra "recuar para o segundo plano" de forma igualmente global.[43]

Mesmo codeterminando o caso concreto como norma de decisão, tão somente uma das normas que estão em estágio de tensão será inteiramente realizada, selando o destino da norma concorrente a uma posição secundária.

---

[38] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1203.

[39] A diferença do que supostamente propõe: BORGES. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*; RAWLS. *A Theory of Justice*, p. 43.

[40] O princípio da proporcionalidade expressa "uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma finalidade constante e um meio variável ou vários" (HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 66-67).

[41] HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 67. Segundo o autor, idêntica situação ocorre na relação entre concessões e restrições de liberdade jurídico-constitucionais quando é fixado o sentido de uma presunção inicial a favor da liberdade, restando impossível imprimir a essa presunção um princípio de interpretação constitucional.

[42] MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 86.

[43] MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 86.

Cumpre concluir afirmando que o método de ponderação de bens, aliado à aplicação do princípio da proporcionalidade, pode ser útil para a engenharia de soluções ajustadoras aos conflitos entre normas de direitos fundamentais revestidas de princípios.[44]

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Mexico: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. *O principio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, p. 140-146, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guibenkian, 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OTTO Y PARDO, Ignacio de; MARTIN-RETORRILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1998.

RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994.

[44] Sobre a relação entre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de bens, conferir: GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, p. 287; STEINMETZ. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 143-145.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERN, Klaus. *Derechos del Estado de la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

PÁGINA EM BRANCO

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM NOS SISTEMAS REGIONAIS AMERICANO E EUROPEU

UMA INTRODUÇÃO AO ESTUDO COMPARADO DOS DIREITOS PROTEGIDOS[1]

3.1 Introdução

3.1.1 O contexto

Acordou-se, especialmente depois dos anos quarenta, para a necessidade de proteção dos direitos do homem no plano internacional.[2] A iniciativa coincidiu, no campo político, com a revalorização do Direito nas sociedades democráticas, funcionando os direitos humanos como barreira contra a ressurgência de regimes de força. Foram determinantes, nesse sentido, a criação da ONU – Organização das Nações Unidas (cuja Carta cuida do tema) e a conclusão de diversos documentos internacionais voltados para a defesa e promoção dos direitos da pessoa humana.

O que poderia constituir apenas um movimento político teve como consequência, talvez a mais importante, a transformação do Direito, que passou a se caracterizar, a partir de então, também no plano internacional, como instrumento privilegiado de garantia das liberdades. Tal transformação foi traduzida por uma mudança em dois planos. No plano técnico-jurídico, no âmbito internacional, foram concluídos diversos acordos, desenhando para o direito internacional um novo espaço de ação, emergindo do processo o novo direito internacional dos direitos humanos. A nova área de saber alterou substancialmente o direito das gentes, antes voltado, fundamentalmente, para a disciplina das relações envolvendo Estados e organizações internacionais, não alcançando, pois, uma matéria praticamente monopolizada pelas disciplinas de direito público interno. Ainda no plano técnico-jurídico, mas agora na esfera do direito interno,

---

[1] A primeira versão deste texto foi publicada na *Revista de Informação Legislativa* (Brasília, v. 1, n. 95, p. 23-72, 1987).

[2] Com efeito, desde então, intensificou-se uma prática orientada no sentido de garantir, internacionalmente, a proteção dos direitos do homem.

implementaram-se novos procedimentos voltados à garantia das liberdades,[3] alterando-se profundamente o direito constitucional, por ser este o que, nos Estados dotados de Constituição rígida, mais eficazmente pode proteger os direitos fundamentais.[4]

Mas, a transformação do Direito operou-se igualmente num segundo plano, no campo do saber. A ciência do Direito reincorporou a esfera axiológica aos seus domínios,[5] para superar o cientificismo prisioneiro quer do formalismo neokantiano purificador,[6] quer ainda do sociologismo em débito com as fórmulas epistemológicas das ciências naturais.[7] O saber jurídico passou a ser entendido como um saber social. Sua fala, seu discurso, embora tenda ao distanciamento típico da atividade de conhecimento, não deixa de emanar de um lugar ideológico e político. A assunção dos valores é o ponto central do saber jurídico contemporâneo que, não se contentando em operacionalizar a defesa daqueles já proclamados, autoriza um processo contínuo de criação de novos direitos. Ora, os direitos integram o valor primeiro a partir do qual deve ser construído todo o arcabouço jurídico, bem como o respectivo saber.

O direito internacional público não ficou à margem desse processo. Não hesitou, assim, em relativizar o alcance próprio de alguns conceitos tradicionais (como o relativo à soberania), alcançando com isso alargar seu raio de influência para cuidar de uma matéria que, antes, era da exclusiva competência do direito interno de cada país.

3.1.2 Tema e justificativa

Se ao jurista-filósofo interessa ver, sob o prisma epistemológico, as modificações operadas na textura e nos pilares conceituais da ciência jurídica; se ao filósofo importa

---

[3] É o caso do controle da constitucionalidade das leis, tido, em muitos lugares, até há pouco, como incompatível com a democracia representativa; da valorização crescente de mecanismos como o *habeas corpus* (Inglaterra, Brasil, Peru, entre outros), o mandado de segurança (Brasil), o recurso de amparo (México, Espanha), o recurso constitucional (Alemanha). Percebe-se a importância desse fato ao se levar em conta que, em princípio, o Estado liberal preferia assegurar os direitos de modo indireto, ou seja, por meio de mecanismos de natureza civil ou penal destinados a indenizar a vítima ou punir o agressor.

[4] O direito constitucional, não se contentando em declarar os direitos fundamentais, prevê, igualmente, mecanismos assecuratórios desses direitos.

[5] Quanto a isso, veja-se, por exemplo, a Teoria Tridimensional do Direito, de Reale, a Teoria Egológica, de Cóssio e a Teoria Raciovitalista, de Siches. Também a produção teórica dos juristas vinculados à Escola de Baden (Wildelband, Rickert, Lask e Radbruch). Sobre o assunto: Miguel Reale (*Teoria tridimensional do direito* e *Filosofia do direito*). No direito contemporâneo, a (re)aproximação entre direito e moral se manifesta através de uma pluralidade de frentes. Sobre o tema Luís Roberto Barroso afirma que: "A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo" (BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 333-334). Robert Alexy, por sua vez aduz expressamente que o positivismo jurídico falha como teoria geral do Direito, pois há uma relação necessária entre o Direito e a moral (Cf. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. *In*: VÁZQUEZ. *Derecho y moral*). Ver também sobre a discussão entre direito e moral: NINO. Derecho, moral, politica. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*; e o conceito de direito como integridade presente em: DWORKIN. *O império do direito*.

[6] O principal representante do formalismo jurídico foi Hans Kelsen (Cf. KELSEN. *Teoria pura do direito*). Uma crítica epistemológica (e semiológica) ao seu pensamento pode ser vista em Luís Alberto Warat (*A pureza do poder*: uma análise crítica da teoria jurídica). Sobre Kelsen, há uma extensa bibliografia. Recomenda-se, com caráter introdutório, o seguinte texto: COELHO. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*. Ainda, para posteriores elucidações conferir: BOBBIO. *Teoria geral do direito*; MACCORMICK. *Argumentação jurídica e teoria do direito*; PAULSON. La alternativa kantiana de Kelsen: una critica. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*.

[7] Sobre isso ver: CLÈVE. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo.

verificar os fundamentos dos direitos do homem, revelados quer pela pesquisa de sua essência demandante de justificação, quer por meio da análise de sua natureza enquanto matéria filosófica; se ao cientista político cumpre analisar as possibilidades, bem como os obstáculos políticos, conjunturais ou estruturais, à constituição de uma sociedade (nacional ou internacional) voltada para tais significados; ao jurista (enquanto tal) compete, além de tudo, verificar quais direitos são protegidos e de que maneira tal proteção se efetiva.[8] É nesta última perspectiva que o presente texto se inclui.

Propõe-se, portanto, uma releitura, sob a óptica do direito comparado, dos direitos protegidos pelas Convenções Americana e Europeia sobre Direitos do Homem. Por que comparar os instrumentos internacionais? A resposta da questão conduz à justificativa da escolha do tema.

Não há dúvida de que a solução para o problema da proteção dos direitos humanos no plano internacional seja o aperfeiçoamento dos mecanismos de caráter universal, especialmente aqueles promovidos pela ONU. Não bastasse a declaração de princípios contida na "Carta de São Francisco" e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, dezembro de 1948),[9] a ONU vem se empenhando no sentido da aprovação de diversos tratados voltados à salvaguarda de categorias específicas de direitos e liberdades.[10] Ao lado destes, outros dois importantes Pactos foram concluídos, igualmente sob o patrocínio das Nações Unidas, em 1966, um deles relativo aos direitos econômicos e sociais e o outro aos direitos civis e políticos. Ao último, seguiu-se um Protocolo Adicional.[11]

Visando proporcionar uma eficiente garantia das liberdades, esses Pactos têm seguido a técnica convencional, mais eficaz do que as simples declarações. Não obstante a necessidade do prosseguimento da tendência, não se pode esquecer que ela se desenvolve vagarosamente em face da existência de não poucas dificuldades.

---

[8] Ora, o jurista não deve se afastar das demais perspectivas. Todavia, mesmo voltado para a interdisciplinaridade, o jurista deve privilegiar o momento normativo da experiência jurídica. Em sentido ligeiramente diferente Norberto Bobbio (*A era dos direitos*).

[9] Sobre o assunto, conferir: CANÇADO TRINDADE. Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário. *Revista de Informação Legislativa*.

[10] Cf. *Droits de l'homme. Recueil d'instruments internationaux des Nations Unies*. New York, 1967 (Doc. A/Conf. 32/4). Consultar as convenções relativas à eliminação de todas as formas de discriminação racial (21 de dezembro de 1965), à discriminação em matéria de emprego e profissão (25 de junho de 1958), à igualdade de remuneração (29 de junho de 1951), à luta contra a discriminação no domínio do ensino (14 de dezembro de 1960, com protocolo de 10 de dezembro de 1962), à prevenção e à repressão do crime de genocídio (09 de dezembro de 1948), à escravidão (30 de abril de 1956), ao trabalho forçado (25 de junho de 1957), à nacionalidade da mulher casada (29 de janeiro de 1957), ao estatuto dos apátridas (28 de setembro de 1954) e dos refugiados (28 de julho de 1951), à liberdade sindical (09 de julho de 1948), e ao direito de organização e negociação coletiva (1º de julho de 1949), à política de emprego (09 de julho de 1969), aos direitos da mulher (20 de dezembro de 1952), ao direito ao casamento (07 de novembro de 1962), contra a tortura e outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes (10 de dezembro de 1984), aos direitos da criança (20 de novembro de 1989), à proteção dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias (18 de dezembro de 1990), ao direito das pessoas com deficiência (13 de dezembro de 2006) e à proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (20 de dezembro de 2006).

[11] Pactos realizados em 16 de dezembro de 1966. O Protocolo Adicional, que segue o Pacto de Direitos Civis e Políticos, prevê, por meio do Comitê de Direitos Humanos, certo controle sobre a aplicação, pelos Estados-Partes, dos direitos que proclama. Porém, o controle não alcança a significação daquele proporcionado no seio das Convenções Americana e Europeia. Sobre o assunto, consultar: MEYER. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*; PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 236-241; GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*, p. 94. O texto dos Pactos, bem como do Protocolo Adicional, podem ser estudados em: *Conseil de l'Europe*. "*Les Droits de l'Homme en Droit International*" (STRASBOURG, 1979).

A primeira envolve os direitos a serem protegidos. Sendo a ONU um organismo de caráter universal, os Estados ali representados nem sempre ostentam a mesma cultura e concepção sobre os direitos. Isso dificulta a definição concertada daqueles que podem reclamar proteção.

A segunda dificuldade, pelos mesmos motivos, refere-se à forma pela qual os direitos serão definidos. Em termos globais e genéricos ou em termos precisos? Se o tratado é autoaplicável, uma vez cumpridas as formalidades exigidas para tanto (ratificação ou adesão pelos Estados; lei de autorização para aplicação interna onde esta é necessária),[12] suas normas não o serão necessariamente. Tudo depende da maneira como os direitos serão afirmados. Esta variável definirá o grau de aplicabilidade de cada disposição. A eficácia plena,[13] caracterizada pela aplicabilidade direta e imediata das normas, será tanto mais difícil quanto mais universos culturais, ideológicos, econômicos, entre outros, estiverem envolvidos na realização do documento.

A terceira dificuldade, uma vez definido o conteúdo a ser protegido e a forma de tratamento desse conteúdo, diz respeito à interpretação de cada direito. Os direitos da mulher no mundo árabe, não obstante os apelos da compreensão universalista, certamente terão um sentido diferente dos mesmos situados no universo da cultura ocidental. Isso pode implicar a necessidade de outorga de certa margem de apreciação para autoridade nacional no cumprimento da normatividade convencionada.

Tendo em vista as dificuldades anunciadas, notadamente as duas anteriores, resta dificultada a adoção de garantias instrumentais assecuratórias fortes, especialmente por intermédio de órgãos com função jurisdicional.[14]

---

[12] Se a ratificação de um tratado multilateral, satisfeito, nos termos convencionados, o número mínimo de adesões exigido no instrumento, acarreta a imediata incidência do documento no plano internacional (em relação aos Estados contratantes), o mesmo não ocorre, necessariamente, em relação ao direito interno. Com efeito, há Estados, como a Itália, por exemplo, que, além da ratificação, exigem, para a aplicação interna do tratado, leis de aprovação. Situação análoga aparece no caso do Reino Unido, Suécia, Dinamarca e Islândia. Aqui, mesmo ratificada, a Convenção somente valerá no plano interno, uma vez incorporada ao Direito nacional por ato especial do Parlamento. Já a Bélgica, a França e Holanda adotam técnica mais simples. Basta a ratificação, sendo suficiente este ato para somar o tratado ao direito interno, situando-o acima da Constituição (Holanda), ou abaixo desta, mas acima das leis ordinárias (França e Bélgica). No Brasil, além da ratificação, é necessária, para os tratados em geral, a promulgação operada via decreto do Chefe do Executivo. Trata-se de antiga prática constitucional vinculante para a processualística dos tratados. Nos termos da doutrina à qual aderimos, a promulgação não é necessária, todavia, para os tratados internacionais cuidando de direitos humanos. Nesse caso, a entrada em vigor no plano internacional, tendo ocorrido a ratificação do país subsequente à manifestação positiva do Congresso Nacional, é suficiente para a aplicação também no plano interno. A Emenda Constitucional nº 45/2004 veio a responder às diferenças doutrinárias sobre a matéria, porque no período antecedente a essa Emenda José Francisco Rezek considerava que todos os tratados internacionais deveriam ser incorporados ao direito interno em patamar infraconstitucional, uma vez que tais diplomas seriam sujeitos ao controle de constitucionalidade assim como os demais elementos do ordenamento jurídico infraconstitucional, o que era seguido de perto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De outro lado, aos tratados de direitos humanos entendia-se atribuir patamar hierárquico constitucional tendo seus conteúdos incluídos ao ordenamento jurídico como norma constitucional. Tal posição foi apresentada especialmente por Maria Paula Alves de Souza e Flávia Piovesan. Mais detalhes sobre o assunto ver: MONTEIRO. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, p. 142-146; REZEK. *Direito internacional público*, p. 97; SOUZA. *Integração dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico*: uma análise em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, f. 25; PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 107-108.

[13] Ver adiante sobre a eficácia das normas convencionais, a partir da tipologia de SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

[14] Como será visto adiante, a efetividade das Convenções Americana e Europeia é devida em parte à previsão de instrumentos assecuratórios de natureza jurisdicional. Este não é o caso do Pacto da ONU relativo aos direitos civis e políticos, cujo mecanismo de proteção está longe de alcançar a significação daqueles previstos nas Convenções analisadas no presente texto.

Diante dos obstáculos citados, ao lado de uma política universal dos direitos humanos, é importante incrementar uma segunda política (de caráter complementar à primeira), desta vez no âmbito regional. Isso tem ocorrido a partir dos anos cinquenta, concretizando-se tal política especialmente através da criação de organismos e da conclusão de tratados internacionais de alcance regional, os quais, de uma maneira geral, acompanham o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por outro lado, observando as coordenadas fixadas pela Carta das Nações Unidas, que reconhece a legitimidade desse processo, procuram compatibilizar suas atividades com os princípios da ONU e os tratados por ela aprovados.

A proteção dos direitos e liberdades fundamentais pelo direito internacional regional, embora exercendo uma função complementar, apresenta vantagens que merecem consideração. A análise da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, promovidas, respectivamente, pelo Conselho da Europa (CE) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA),[15] ilustra a afirmação.

---

[15] A Convenção europeia entrou em vigor em 03 de setembro de 1953, depois da décima ratificação. Em 31 de dezembro de 1982, os 21 Estados do Conselho da Europa (Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Alemanha Ocidental, França, Grã-Bretanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Holanda, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia) haviam ratificado a Convenção. Em março de 2013, o Conselho da Europa é composto por 47 Estados-Membros (além dos acima referidos, também fazem parte do Conselho: Albânia, Andorra, Armênia, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Eslovênia, Eslováquia, Estônia, Finlândia, Geórgia, Hungria, Letônia, Lituânia, Macedônia, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Polônia, República Tcheca, Romênia, Rússia, São Marino, Sérvia e Ucrânia), sendo que todos ratificaram a Convenção.
Em 1952 foi aprovado Protocolo Adicional (1952) reconhecendo os direitos de propriedade, de instrução e a eleições periódicas. O Protocolo nº 02, autorizando a Corte Europeia a exercer competência consultiva, foi ratificado por todos os Estados. Os Protocolos números 03 e 05, relativos à norma de procedimento, foram igualmente ratificados por todos os Estados. Entretanto, o Protocolo nº 04, que cuida da proibição de prisão por inexecução de obrigação contratual, da liberdade de circulação e residência e do direito de toda pessoa deixar não importa qual país (1963), foi ratificado por apenas 13 Estados. Em março de 2013, o Protocolo nº 06 relativo à abolição da pena de morte só não foi ratificado pela Rússia; o Protocolo nº 07 que trata de direitos do estrangeiro, do direito a recorrer de sentença para Tribunal Superior em assuntos criminais, de indenização por condenação equivocada, do direito a não ser julgado e punido duas vezes e da igualdade entre cônjuges só foi ratificado por 43 membros, pois Turquia, Países Baixos e Alemanha não o ratificaram e Grã-Bretanha não o assinou; o Protocolo nº 08, que cuida de alterações relativas à Corte Europeia, foi ratificado por todos os membros; o Protocolo nº 09 foi revogado pelo Protocolo nº 11, assim como o Protocolo nº 10 ficou sem objeto; o Protocolo nº 11, que é a grande alteração dos Protocolos prévios e da estrutura da Corte Europeia, pois revoga a cláusula de reconhecimento facultativo de sua jurisdição, o que obriga todos os Estados-Membros a se submeterem às suas decisões, foi ratificado por todos os membros; o Protocolo nº 12, que trata de proibição geral a qualquer tipo de discriminação, ainda está aberto para assinaturas, foi assinado por 19 Estados e ratificado por 18; o Protocolo nº 13 relativo à abolição da pena de morte em todas as circunstâncias (sem espaço para derrogação e reservas) também está aberto para assinatura e já conta com 43 ratificações, duas assinaturas e com a omissão de Rússia e Azerbaijão; por fim, o Protocolo nº 14, que trata da alteração do sistema de controle judicial da Convenção e que está aberto para assinaturas detém todas as 47 ratificações. Cabe atentar para o fato de que o Conselho da Europa não pode ser confundido com o Conselho da União Europeia, porque o primeiro refere-se a uma organização internacional, sediada em Estrasburgo, que tem por objetivo promover a democracia, proteger os direitos humanos e o Estado de Direito na Europa. O segundo é composto pelos Chefes de Estado e de Governo dos países membros da União Europeia que se reúnem pelo menos duas vezes ao ano para planejar as políticas públicas do bloco. A confusão em se identificar cada um deles pode advir, a partir dos nomes parecidos, da existência da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada e proclamada em Nice em 07 de dezembro de 2000 e proclamada novamente em Estrasburgo em 12 de dezembro de 2007, por conta de sua alteração. Segundo Sidney Guerra, a Carta representa "grande avanço na proteção dos direitos humanos fundamentais", porque elenca também os direitos sociais e econômicos e reúne todos os direitos, antes dispersos em diversos diplomas do Sistema Regional Europeu, da ONU e da OIT em um só documento. Além disso, enumera direitos sobre proteção de dados e bioética que não constam na Convenção Europeia. Em 1º de dezembro de 2009 entrou em vigor o Tratado de Lisboa que atribuiu personalidade jurídica à União Europeia, o que levou à concessão de efeito jurídico vinculativo à Carta de Nice. Nesse sentido: COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 283; GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*, p. 143-145. A Convenção Americana entrou em vigor

Essas duas convenções, por associarem Estados situados, em geral, num mesmo universo geográfico, porém com algumas diferenças culturais e econômicas,[16] puderam superar muitas daquelas dificuldades quase intransponíveis no contexto universal. Isso permitiu, quer na Europa, quer no continente americano, a criação de mecanismos mais eficazes de proteção dos direitos humanos. A proteção referida caracteriza-se pelo seguinte:

(i) técnica convencional – uma vez satisfeito o número mínimo de adesões e realizados os procedimentos exigidos pelo Direito interno dos Estados contratantes, as Convenções podem sofrer aplicação direta, no que for possível, tanto no plano interno como no externo das ordens jurídicas nacionais signatárias.[17] A aplicação direta não oferece, numa primeira observação, nenhuma inovação em face da atual política da ONU, seguindo, aliás, a mesma técnica jurídica (conclusão de convenções). A vantagem aparecerá quando somado esse elemento aos dois outros a seguir.

(ii) número menor de direitos protegidos em relação aos afirmados pelos vários documentos das Nações Unidas. Entretanto, os direitos são referidos, em geral, de forma mais precisa. Por consequência, aparecem com os seus contornos mais transparentes, revestindo-se, com isso, do caráter de normas jurídicas com um grau significativo de eficácia.

---

em 17 de julho de 1978, com a décima-primeira ratificação exigida pelo Documento. Assinada em São José da Costa Rica em 1969 (e por isso é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), levou nove anos para entrar em vigor. O processo histórico de formação da Convenção Americana pode ser visto em: BAUER. La convención americana sobre derechos humanos. *In*: ESTUDIOS de derecho internacional: homenaje al Profesor Miaja de la Muela; ESPIELL. *Le système interaméricain comme système régional de protection international des droits de l'homme*. Ainda: VASAK. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*. No Brasil, conferir: BOSON. *Internacionalização dos direitos do homem*. O Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto do Pacto de São José da Costa Rica com o Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Assim, o Brasil depositou sua Carta de Adesão em 25 de setembro de 1992 tendo, logo após, feito sua promulgação por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro do mesmo ano, mas com declaração interpretativa dos arts. 43 e 48, alínea "d". Estes tratam da obrigação de prestar informações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos quando requisitado e, sendo necessário, das investigações realizadas *in loco* pela Comissão. A ressalva brasileira dispõe que não há direito automático de visitas e inspeções da Comissão, pois esta necessita da anuência expressa do Brasil para o seu exercício. Ainda, pelo Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, o Congresso Nacional aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos a partir dessa data. O Brasil depositou a declaração na Secretaria-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998, e o Decreto nº 4.463, de 11 de novembro de 2002 promulgou a declaração, sob a reserva da reciprocidade e para fatos posteriores à data de depósito. Uma análise geral do Pacto europeu pode ser vista em: VASAK. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*. Recomenda-se, também, a consulta aos manuais publicados pelo Conselho da Europa. A bibliografia sobre o tratado europeu é vastíssima. No Brasil, conferir: PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*; COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*; GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*; MAZZUOLI. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*.

[16] Deve-se notar que, em março de 2013, a composição dos Sistemas Regionais mudou bastante, geográfica, econômica e culturalmente. No contexto da OEA há 35 países-membros e, como já afirmado, no Conselho da Europa há 47 Estados-Membros. Geograficamente, o Canadá foi incluído no rol dos representantes permanentes da OEA em 1990, assim como Belize e Guiana em 1991 e em 2009 os Ministros das Relações Exteriores das Américas decidiram por cessar os efeitos da Resolução de 1962 que excluiu a participação de Cuba no sistema interamericano, dependendo seu retorno de própria solicitação. Economicamente, pode-se afirmar que há consonância hemisférica não apenas entre Estados Unidos e Canadá hoje, mas também com potências emergentes como Brasil, México e Argentina, esta em menor medida, que participam de fóruns mundiais multilaterais financeiros e econômicos como o G20 e, somente no caso do Brasil, BRICS, e podem, com maior força e facilidade que antes, determinar questões políticas relativas a seus interesses nacionais. No contexto do Conselho da Europa, percebe-se o incremento de novos membros, especialmente daqueles provenientes da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e de divisões fronteiriças e culturais sucessivas de algumas nações como a ex-Iugoslávia e a ex-Sérvia e Montenegro. Realça-se que Azerbaijão, Geórgia e Turquia, apesar da diferença geográfica de suas regiões para o limite territorial conhecido como europeu, também integram o Conselho.

[17] Salvo naqueles Estados que exigem leis de aprovação.

(iii) criação de organismos regionais de proteção dos direitos – trata-se da instituição de Comissão e de Corte encarregadas da proteção dos direitos protegidos.[18]

Os elementos referidos podem ser sintetizados nos seguintes itens: a) aplicabilidade direta; b) definição dos direitos a proteger; c) maior grau de precisão de suas disposições; e d) mecanismos assecuratórios.

Com essas variáveis, o direito internacional regional assume, em certos aspectos, alcance análogo ao das normas de direito público e privado internos.

Embora outros acordos regionais tenham sido concluídos,[19] apenas as convenções europeia e americana, dispondo ambas de instrumentos jurídicos efetivos para a

[18] É evidente que esses órgãos não são previstos por todos os sistemas regionais de proteção internacional das liberdades. Mesmo no contexto da OEA e do CE, alguns Pactos foram concluídos sem essa variável. É o caso, por exemplo, da Carta Social Europeia (Turim, 18 de outubro de 1961), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais. Também outras convenções internacionais de proteção surgiram na década de 1990: a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher ("Convenção de Belém do Pará", de 09 de junho de 1994); a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência (Cidade da Guatemala, 08 de junho de 1999); Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança (Estrasburgo, 25 de janeiro de 1996). Os meios de proteção e controle do Protocolo de São Salvador são descritos no artigo 19 e se referem à prática compromissada dos Estados signatários de enviarem "informes periódicos" à Secretaria-Geral da OEA acerca de suas medidas adotadas que garantam o respeito devido aos direitos enumerados em seus respectivos territórios. Havendo o descompromisso, ou apenas falta de progresso na proteção, a Comissão Interamericana poderá formular recomendações e/ou observações ao caso concreto dos Estados-Membros. A Carta Social Europeia estabelece: (i) um número mínimo de direitos que os membros devem se comprometer a proteger; (ii) que há obrigação de os membros enviarem relatório relativo à aplicação dos direitos escolhidos a cada dois anos; (iii) que a pedido do Comitê de Ministros também enviarão relatórios relativos às disposições não aceites; (iv) que os relatórios serão analisados por Comitê de Peritos competentes em matérias sociais internacionais que darão suas conclusões; (v) que organizações internacionais relacionadas à matéria trabalhista participarão da análise dos relatórios; (vi) que tais documentos também serão submetidos ao Subcomitê do Comitê Social Governamental do Conselho da Europa; (vii) que a Assembleia Consultiva dará parecer sobre as conclusões dos Peritos; e (viii) com base em todas as declarações do Comitê, Subcomitê e Assembleia, o Conselho de Ministros poderá, apenas por maioria de 2/3 dos membros, dirigir as recomendações necessárias a cada membro (arts. 20 a 29). Nesse sentido: GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*, p. 171; PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 107.

[19] Cumpre chamar a atenção para a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada pela Organização da Unidade Africana, quando da décima oitava Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo, passada em Nairóbi no mês de julho de 1981. A partir do ano 2000 a OUA passa a se denominar União Africana, ainda congregando todos os 54 Estados africanos (ainda que o Marrocos tenha se retirado, o recém-criado Sudão do Sul ratificou o Ato Constitutivo da UA em 15 de agosto de 2011), com sede em Addis Abeba e tendo como um de seus objetivos fundamentais o respeito aos direitos humanos. A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos foi adotada em resposta às violações de direitos humanos ocorridas na década de 1970. Assim, além de consagrar os direitos civis e liberdades individuais, é distinta da Europeia e Americana ao trazer em seu bojo os direitos dos povos (direitos coletivos) tais como o direito à autodeterminação (art. 20), à livre disposição de seus recursos naturais (art. 21), à segurança nacional (art. 22) e ao desenvolvimento cultural, social e econômico (art. 23). Nota-se que o preâmbulo reconhece que a satisfação dos direitos culturais, econômicos e sociais garante o gozo dos direitos civis e políticos. A inclusão desses direitos e a necessidade de protegê-los na principal Carta de uma organização internacional que tem por objetivo a unidade, a integração e o desenvolvimento africanos explicam-se, em grande medida, por meio da história de colonialismo e neocolonialismo por que passou a maior parte dos países africanos nos séculos XIX e XX. A Carta Africana previu a existência da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que poderá adotar resoluções, interpretar dispositivos da Carta e apreciar petições de particulares ou ONGs e relatórios sobre mecanismos de promoção encaminhados bienalmente pelos Estados-Membros, mas sem poder emitir decisões juridicamente vinculantes. Em Protocolo Adicional de junho 1998 criou-se a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, entrando em vigor apenas em janeiro de 2004 — até março de 2013, 24 Estados haviam ratificado o Protocolo. A Corte Africana dará maior eficácia à atuação da Comissão, conjugando mecanismos de consulta (emissão de opiniões sobre interpretação) com o contencioso (casos submetidos por Estado ou organização internacional africana ou por particulares e ONGs, desde que haja anuência declarada do Estado para tanto). Por fim, a Corte poderá ordenar soluções e reparações juridicamente vinculantes e medidas liminares para casos extremos e urgentes. Sobre assunto em detalhes, ver: PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 189-203; GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*, p. 153-164.

proteção dos direitos do homem, contam com uma experiência acumulada. Por essa razão, justifica-se a comparação neste estudo proposta.

Quais direitos são protegidos pelas citadas convenções? Antes de tratar do assunto, importa responder a outra questão. Trata-se de evidenciar as condições gerais de proteção oferecidas pelos dois Pactos internacionais.

3.2 Comparação quanto às condições de proteção

3.2.1 A forma das convenções

Com objetivos comuns, as duas convenções diferem quanto à extensão do conteúdo protegido, assim como quanto à forma de tratamento de análogos conteúdos.

Heraud[20] enumera seis pontos que, segundo sua óptica, conduziram à aprovação da Convenção Europeia: (i) nenhuma ou tímida inovação em relação à legislação dos Estados partes; (ii) limitação aos direitos e liberdades individuais; (iii) perspectiva evolutiva; (iv) distinção entre os direitos civis e políticos, de uma parte, e os econômicos, sociais e culturais, de outra; (v) objetivo de incluir, no futuro, o conjunto de direitos civis e políticos reconhecidos pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas; e (vi) redação em estilo concreto, marcado pela vontade de precisão.[21]

Estas características também estão presentes no documento americano? Sim, apenas em parte. Embora o Tratado Americano tenha se inspirado na Convenção Europeia, anterior em pelo menos 15 anos, também incorporou a herança jurídica pan-americana desenvolvida desde a *Conferência de Catapultec*, em 1945, que efetivamente marcou seu estilo. Cumpre não esquecer, ainda, do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, anterior em apenas três anos, que também muito o influenciou. Frente a isso, embora também se coloque numa linha evolutiva, o Pacto Americano não procurou limitar-se a uma categoria específica de direitos. Preferiu manifestar uma vocação mais generosa, direcionada ao reconhecimento de um conjunto maior de direitos, não importa a natureza, essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana.[22]

---

[20] HERAUD. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg.

[21] HERAUD. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 107-110. O Conselho da Europa evoluiu, mais tarde, com a aprovação de novos pactos como a Carta Social Europeia, que entrou em vigor quase 12 anos após o lançamento da Convenção Europeia, e que em 1996 foi revisada, com o objetivo de transpor ao plano europeu algumas ideias da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; e 14 protocolos que consagram a proteção de direitos ou ampliam o direito de petição e a estrutura da Corte Europeia, o que é o caso do Protocolo nº 11. Este protocolo adicional passou a permitir às pessoas (físicas, organizações, religiosas, sindicatos etc.) e às ONGs o direito de acesso direto à Corte Europeia (art. 34 — direito de petição individual) e tornou obrigatória a cláusula de jurisdição facultativa (art. 32). Assim, ver: PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 107-108, 112-113.

[22] Sem desconhecer o *caráter unitário* dos direitos humanos, convém concordar que essa filosofia, entretanto, pode suscitar alguns problemas, especialmente em relação à possibilidade de sanção internacional da violação de alguns desses direitos. Não obstante, a política jurídica de vocação unitária e integral é a preferida dos juristas latino-americanos. Cuida, porém, a Convenção Americana, também dos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo programático e cauteloso. Daí a razão da adoção, mais tarde (1988), do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este protocolo é conhecido como "Protocolo de San Salvador" e está em vigência desde 1999 contando em março de 2013 com 16 Estados-Membros (PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*. p. 129; GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*. p. 182).

Tal preferência é a matriz de algumas diferenças entre os textos americano e europeu. O americano, englobando outros direitos além dos tradicionais, trata dos direitos civis e, embora de modo cauteloso, dos de natureza econômica-social. Distinção aparece, todavia, na forma mais ou menos precisa dos dispositivos que deles cuidam. Enquanto os direitos civis (e políticos) têm, de modo geral, suas fronteiras desde logo estabelecidas, os direitos econômicos, sociais e culturais são tratados num único artigo de natureza programática. Por isso, resta incompreensível sem a leitura da Carta da OEA (reestruturada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967). Ora, a diferença de redação implica diferenças substanciais no tocante ao regime de proteção dos direitos.

Enquanto o documento europeu é marcado por uma vontade de precisão técnica, o tratado americano se caracteriza pela maior extensão do conteúdo protegido. Esta orientação, diante da assimetria dos países americanos no que se refere às condições sociais e econômicas, pode trazer como consequência uma maior dificuldade para a eficácia da convenção.[23] A análise da aplicabilidade das normas dos tratados poderá confirmar a assertiva.

A doutrina do direito internacional público tem classificado as normas convencionais, segundo o critério da eficácia jurídica, em *self-executing* e *not-self-executing*.[24] Tal dicotomia corresponde, de uma maneira geral, à tipologia das normas constitucionais, fixada pela doutrina e jurisprudência constitucionais norte-americanas.[25] A riqueza e a complexidade das normas convencionais exigem tipologia mais completa. Diante disso, cumpre seguir o pensamento de José Afonso da Silva para classificar as normas contidas nos tratados europeu e americano sobre direitos do homem em: (i) normas convencionais de eficácia plena, (ii) normas convencionais de eficácia contida, (iii) normas convencionais de eficácia limitada ou reduzida. Embora no plano constitucional, em relação aos direitos fundamentais, a tipologia tenha sofrido um deslocamento de significação, como demonstra com absoluta pertinência Virgílio Afonso da Silva,[26] continua útil, entretanto, para a parte orgânica da Constituição, e sem embargo do manejo da distinção entre regras e princípios, também necessário no contexto convencional atinente aos direitos fundamentais,[27] particularmente para a resolução de questões envolvendo concorrência ou colisão de direitos, a velha tipologia criada por José Afonso da Silva, aperfeiçoando as classicamente admitidas, inclusive a desenhada por Vezio Crisafulli,[28] apresenta, quando adaptada, utilidade indiscutível para a adequada compreensão do modo de operação da normatividade dos tratados internacionais.

---

[23] Notadamente em relação a uma categoria especifica de direitos, como será analisado adiante. Mas não se pode esquecer de que as normas relativas aos direitos civis e políticos (única categoria de direitos a ser tratada pela CEDH) podem atingir o mesmo grau de eficácia jurídica nos dois Pactos.

[24] MARCUS-HELMONS. *Notas de curso na disciplina de "Proteção Internacional dos Direitos do Homem"*.

[25] Rui Barbosa expõe a doutrina e a jurisprudência americanas sobre o assunto em: *Comentários à Constituição brasileira*, v. 2, p. 475 *et seq.*

[26] Conforme propõe Virgílio Afonso da Silva: "[...] *se tudo é* restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível. Além disso, *se tudo é regulamentável* e, mais do que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos; logo, não pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada" (*Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 246-247).

[27] Não obstante a crítica de Valério de Oliveira Mazzuoli (*Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*, p. 83-86) para quem, com fundamento na obra de Cláudia Lima Marques, o direito pós-moderno reclama, para a solução de conflitos normativos, soluções dialógicas e não *monossoluções* como as que decorrem do manejo da distinção entre regras e princípios, particularmente em Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*).

[28] CRISAFULLI. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*.

A classificação tripartite tenta dar conta de determinadas situações que a dicotomia anterior não ilumina. De acordo com José Afonso da Silva, na primeira categoria (normas de eficácia plena) incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor do documento, "produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los) [...]".[29] Tal efeito se opera porque os elaboradores do tratado estabeleceram, desde logo, "uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto".[30]

Quanto à segunda categoria, "também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, em certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais [...]".[31] Neste caso, tais efeitos não se produzem, porque o documento internacional não fixou uma "normatividade para isso bastante".[32]

As normas internacionais de eficácia plena são de "aplicabilidade direta, imediata e integral", as de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, isto é, elas estão sujeitas a "restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limita sua eficácia e aplicabilidade".[33] Já as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque normalmente sua incidência é dependente de uma regulação ulterior, sem o que sua eficácia restará limitada.

Ora, os dispositivos de eficácia limitada, porque inaplicáveis por si mesmos, não conformam o melhor meio para a defesa e proteção dos direitos do homem.[34] Neste aspecto, a Convenção Europeia apresenta vantagem em relação à sua similar americana. Enquanto esta contém um bom número de dispositivos normativos de eficácia limitada, o Pacto Europeu apresenta escassos casos.[35] Todavia, na situação europeia cuida-se de normas de "princípio institutivo", como o art. 13, que prevê a criação de um recurso efetivo no caso de violação de direitos, ou o art. 3º do Protocolo Adicional, que prevê eleições livres para a composição dos corpos legislativos. A característica dessas normas é sua dependência, para autorizar eficácia, de medidas jurídicas ou fáticas complementares a serem tomadas pelos Estados contratantes.[36] Neste caso, a inação dos Estados-Partes pode ser sancionada pelos órgãos de garantia da Convenção, a Comissão ou a Corte.

O Tratado Americano também contempla alguns casos de normas de eficácia limitada declaratórias de princípio institutivo.[37] Mas, ao lado destas, outras do mesmo tipo geral (eficácia limitada) circunscrevem-se a declarar princípios programáticos. Cite-se

---

29 SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 73.

30 SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 73.

31 SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 73.

32 SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 73.

33 SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 73.

34 É evidente que em certas circunstâncias o consenso entre os Estados contratantes quanto a certos direitos não excede as fronteiras das fórmulas vagas. Todavia, este é um primeiro passo para a realização de novos acordos ou para a afirmação de uma jurisprudência internacional conferindo entendimento caracterizado sempre por maior precisão.

35 Em compensação, apresenta um número maior de normas de eficácia contida.

36 Essas normas implicam para os Estados-Partes obrigações de resultado, implicando realização de prestações de caráter positivo.

37 Estas seriam as normas que a doutrina convencionou chamar de *normas de legislação*. Anunciam um instituto ou declaram um princípio de organização ou regulação de uma matéria. Sobre isso, conferir SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 74-75.

como exemplo o art. 17 relativo à proteção da família,[38] o art. 19, tratando da proteção da criança[39] e o art. 26, que cuida dos direitos econômicos, sociais e culturais. De que modo tais normas terão sua aplicação garantida? A eficácia destas normas depende menos de medidas jurídicas e mais de providências materiais dos Estados, que, por razões especialmente de ordem política e econômica, nem sempre ocorrem de modo satisfatório. A natureza programática dos dispositivos, orientados menos no sentido de reconhecer direitos subjetivos e mais no de orientar a ação governamental dos Estados, faz com que eventual violação dificilmente desafie sanção. Afinal, as medidas positivas referidas, não definidas desde logo pelo direito aplicável, autorizam, para os Estados, exercício de ampla discricionariedade.

Pode-se sustentar, numa primeira análise, que tais normas (de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos),[40] em face de sua especificidade, podem, em certas situações, dificultar o controle dos órgãos internacionais. Diante disso, a preocupação dos juristas americanos, manifestada num primeiro momento, de condensar todos os direitos num mesmo documento guarda como mérito apenas a economia jurídica. Nesse sentido, o desejo de não operar distinção entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, resultante da correta compreensão unitária dos direitos, pode resultar, na prática, frustrado. Que dizer de uma não distinção que acaba distinguindo, em face da sujeição por uma categoria e a não sujeição por outra, aos mesmos mecanismos de controle de sua aplicação?[41]

O tratado europeu, por outro lado, apresenta-se mais homogêneo que o americano, quando considerados os direitos protegidos e o grau de precisão de suas disposições. Entretanto, como já afirmado, a Convenção Americana agrupa um conjunto mais generoso de direitos protegidos.

3.2.2 Universo de aplicação

Nesta altura, cumpre chamar atenção para o universo de aplicação dos direitos protegidos. Trata-se, neste particular, de verificar limites e alcance da proteção desenhada nos dois Pactos. Os limites são de três ordens: (i) quanto aos destinatários, (ii) quanto ao tempo e (iii) quanto à matéria.[42]

---

[38] Art. 17, §1º: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade; ela deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado".

[39] Art. 19: "Toda criança tem o direito às medidas de proteção que exige sua condição de menor, da parte da família, da sociedade e do Estado".

[40] Ainda, mais uma vez, é emprestada a categoria desenvolvida por José Afonso da Silva. Convém lembrar que as normas de eficácia limitada correspondem, na visão de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, às de *integração completáveis* (quanto ao modo de incidência) e às *de eficácia parcial complementáveis* (quanto à produção de efeitos). Cf. BASTOS; BRITTO. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*.

[41] No contexto do Conselho da Europa, os direitos econômicos e sociais são afirmados na Carta Social Europeia (Turim, 18 de outubro de 1961). Entre nós, é verdade, porém, que os dispositivos genéricos constantes da CADH foram precisados, mais tarde, em função da conclusão de Protocolo Adicional cuidando dos direitos sociais, econômicos e culturais. Há, portanto, agora, convergência em relação às práticas do Conselho Europeu e da OEA. Tal Protocolo Adicional é o de São Salvador, adotado em 1988, que entrou em vigor após o depósito do 11º instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da OEA em novembro 1999. O Brasil a ele aderiu depositando seu instrumento de ratificação em 21 de agosto de 1996 após o Congresso Nacional aprovar o Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995, aprovando o texto do tratado. O Protocolo foi promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

[42] Neste assunto, segue-se, de algum modo, o raciocínio de Guy Heraud (Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit

3.2.2.1 Universo de aplicação quanto aos destinatários

Importa discutir se a proteção contemplada nos dois instrumentos internacionais dirige-se às pessoas em geral, incluindo entre elas as pessoas jurídicas, ou se envolve apenas a pessoa humana.

A questão tem algum sentido. Afinal, nada impede que alguns direitos sejam exercidos pelo homem por meio de pessoa jurídica. Aqui convém citar Heraud, para quem os destinatários da Convenção Europeia são sempre as pessoas físicas. Ela apenas atinge as pessoas jurídicas por intermédio de certos efeitos.[43] É o caso, por exemplo, do direito de associação, que implica o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Em sentido oposto se manifesta Marc-André Eissen,[44] para quem o art. 1º do Protocolo Adicional "confirma que os direitos e liberdades garantidos valem, em princípio, tanto para as pessoas morais como para as pessoas físicas".[45]

Se a última posição é a adequada em relação ao instrumento europeu, parece que uma ótica similar à de Heraud, desde que relativizada, parece ser mais condizente com a filosofia da Convenção Americana. Com efeito, o próprio art. 1º, §2º, opera uma associação entre a pessoa e o ser humano.[46] Essa operação legitima o entendimento segundo o qual a Convenção se volta, em princípio, para o ser humano. Isso não impede, porém, que possa, no que for pertinente, ser aproveitada também pelas pessoas jurídicas ou morais.[47]

Outra questão vincula-se à qualidade das pessoas protegidas. Os tratados internacionais muitas vezes adoram a regra da reciprocidade. Diante disso, o universo das pessoas protegidas limita-se aos nacionais dos Estados-Partes. Não é o caso das duas Convenções. Seguindo a filosofia da declaração universal, e atendendo ao sentido de

---

et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 111-119). Para o autor, o campo de aplicação da Convenção Europeia desenvolve-se em quatro dimensões: (i) *ratione personae*, (ii) *ratione loci*, (iii) *ratione temporis* e (iv) *ratione materiae*.

43 HERAUD. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 111.

44 EISSEN. Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 199.

45 EISSEN. Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 199.

46 Art. 1º, §2º, da Convenção americana: "Aos efeitos da presente Convenção, todo ser humano é uma pessoa".

47 A opinião doutrinária reconhece a proteção da pessoa humana, sem se referir à pessoa jurídica ou moral, como nuclear para a Convenção Americana. Veja-se: COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 380; PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 128-129; GUERRA. *Direito internacional dos direitos humanos*, p. 181. Mas sobre o assunto, é relevante o Caso Povo Saramaka Vs. Suriname, julgado pela Corte Interamericana em 28 de novembro de 2007. Em síntese, os fatos são os seguintes: o Povo Saramaka ocupa as mesmas terras há gerações, mas na época dos acontecimentos descritos se sentiu ameaçado pelo Estado quando este não adotou medidas para o reconhecimento de seus direitos à propriedade e à sua manutenção em conformidade com costumes ancestrais de sistema comunal. O Estado também não garantiu o acesso da comunidade à justiça para defender seus direitos coletivamente. Uma das razões da decisão trata especificamente do artigo 3º da Convenção Americana que garante o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. A fundamentação dos julgadores nesse quesito tem a seguinte construção: ainda que o Suriname garanta a personalidade jurídica a todos os cidadãos, e que os membros do Povo Saramaka, individualmente, possam usufruir dos direitos desse reconhecimento decorrentes, a comunidade tribal Saramaka não pode ingressar em juízo para defender os direitos de sua própria cultura, ligada essencialmente à propriedade em que vivem e trabalham. Dessa maneira, a Corte decidiu por unanimidade que o Estado deverá garantir o reconhecimento de personalidade jurídica coletiva à Comunidade Saramaka, em especial por sua distinção de grupo autóctone, para que esta possa discutir seus direitos em juízo coletivamente.

uma verdadeira política de direitos humanos, as Convenções protegem todas as pessoas, de qualquer país ou continente, que se encontrem, definitiva ou temporariamente, no território dos Estados comprometidos.

O art. 1º do Pacto Europeu estabelece que "les hautes parties contractantes reconaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention". No mesmo sentido, dispõe o art. 1º do Pacto Americano: "Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la presente convention et à garantir le libre et pleine exercice à toute personne relevant de leur compétence". Tais direitos, segundo o mesmo art. 1º do Texto Americano e o art. 14 do seu similar europeu, serão respeitados sem qualquer distinção fundada sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a origem nacional ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição social.

Porém, a regra não deixa de sofrer exceção. O art. 16 da CEDH autoriza as partes contratantes a impor restrições à atividade política dos estrangeiros, de tal modo que os direitos de expressão, reunião, associação e de não discriminação podem sofrer limitações quanto ao exercício por não nacionais.[48] Tal possibilidade também é aberta pelo Tratado Americano em relação aos direitos de associação e de reunião. Esses direitos poderão ser restringidos no interesse da segurança nacional.[49] O tópico *segurança nacional*[50] abre a perspectiva de exclusão de estrangeiros no que se refere ao exercício dos direitos definidos nos arts. 15 e 16 quando em ligação com atividades de cunho político. Entretanto, as medidas restritivas devem ser sempre necessárias e justificadas.

3.2.2.2 Universo de aplicação quanto ao tempo

As duas convenções regulam apenas situações posteriores à sua entrada em vigor. Lembra Heraud que, se "pour des faits antérieurs, une procédure est encore en cours au moment de l'éntrée en vigueur de la convention, la procédure elle-même tombe dans son champ d'application".[51] Tal colocação, dirigida ao Pacto Europeu, pode ser transferida para o Pacto Americano.

Em relação à denúncia, os arts. 58 e 78, respectivamente da CEDH e da CADH, preveem sua possibilidade desde que expirado o prazo mínimo de cinco anos após a entrada em vigor. Devem ser operadas mediante um aviso prévio de 06 (seis) meses no primeiro caso e 01 (um) ano, no segundo. Não obstante a denúncia, nos dois Tratados, os Estados contratantes continuam responsáveis pelos atos (podendo constituir uma violação de suas obrigações) praticados anteriormente à data a partir da qual a denúncia produziu efeito.[52]

---

[48] Segundo o art. 16 da Convenção Europeia, "nenhuma das disposições dos arts. 10, 11 e 14 pode ser considerada como interditando as partes contratantes de impor restrições à atividade política de estrangeiros".

[49] Como se vê, a Convenção Americana autoriza também a imposição de restrições à atividade política de estrangeiros por meio da noção de "segurança nacional" referida nos arts. 15, 16 (direitos de reunião e associação) e 13, §2º, "b" (liberdade de pensamento e expressão).

[50] Utiliza-se a expressão tópico no sentido atribuído por: VIEHWEG. *Tópica e jurisprudência*.

[51] HERAUD, Guy. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 113.

[52] Dispõe o §2º do art. 58 da Convenção Europeia: "Cette dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie Contractant intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui conceme tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet". A Convenção americana disciplina o assunto no §2º do art. 78, praticamente repetindo o conteúdo expresso acima.

Os dois Tratados contemplam medidas derrogatórias que podem ser tomadas, unilateralmente, pelos Estados em período de crise. Tais medidas são disciplinadas pelo art. 15 da CEDH e pelo art. 27 da CADH. O recurso à suspensão ou derrogação deve ocorrer por tempo limitado. A Convenção Americana, neste particular, é mais rigorosa que a Europeia. Além de exigir que tais medidas sejam adotadas apenas em caso de guerra, de perigo público ou outra situação de crise que ameace a independência ou segurança do Estado, reclama, ainda, a imediata comunicação aos demais Estados Partes (via Secretário-Geral da OEA), bem como a informação da disposição cuja aplicação sofreu suspensão e a data fixada para o fim das medidas. O Pacto Europeu ainda que reclame, como o precedente, a informação das medidas aprovadas e dos motivos que as inspiraram, desafia apenas a comunicação da data a partir da qual elas cessaram. Não exige, pois, no ato da comunicação da suspensão, a definição do tempo de duração.

Em ambos os casos, o recurso derrogatório das garantias não incide sobre a integralidade dos dispositivos convencionados. Os arts. 2º, 3º, 4º (§1º) e 7º da CEDH, relativos ao direito à vida (exceto hipótese de guerra), proibição de tortura e de penas ou tratamentos degradantes, interdição de escravidão e de servidão e ao princípio *nulla poena sine lege*, não podem ser suspensos. A CADH não autoriza a suspensão de um número maior de direitos, entre os quais aqueles não derrogáveis nos termos da CEDH. Certos direitos, como será visto adiante, nem mesmo figuram entre os reconhecidos pela Convenção Europeia. Por conseguinte, o Tratado Americano oferece, no aspecto em análise, uma proteção mais completa.

Entre os direitos que não podem ser derrogados temporariamente pelos Estados-Partes na CADH, figuram o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, o direito à integridade da pessoa, a proibição de escravidão e servidão, o princípio da legalidade e da irretroatividade em matéria penal, o direito à liberdade de consciência e de religião, o direito à proteção da família, o direito ao nome, o direito à proteção da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos e, também, as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos.[53]

3.2.2.3 Universo de aplicação quanto à matéria

O terceiro elemento definidor dos limites da proteção vincula-se ao conteúdo dos tratados, que pode ter seu alcance reduzido em função de quatro fatores: (i) das reservas formuladas pelos Estados contratantes, (ii) da censura à prática de atos ou atividades contrárias aos direitos garantidos, (iii) da interdição de *détournement de pouvoir* na aplicação da Convenção[54] e (iv) das regras de interpretação dispostas na própria Convenção.

Os dois primeiros fatores são comuns às duas Convenções.[55] Porém, a Europeia é mais cuidadosa em determinado ponto. A Americana dispõe que as reservas devem ser formuladas em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, subscrita em 23 de maio de 1969. Nada dispõe, porém, no tocante à amplitude

[53] Art. 27, §2º.

[54] Utiliza-se a expressão *détounement de pouvoir* para definir eventual violação à proibição constante do art. 18 da Convenção Europeia: "Les restrictions qui, aux terrnes de la présente Convention, sont apportées aux dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues". Acompanha-se o raciocínio de M. Heumann (HEUMANN. Les Droits Garantis par la Convention Européenne des droits de l'homme: Etude des limitations de ces droits. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 143-161).

[55] Conforme os arts. 57 e 75, respectivamente, dos Pactos Europeu e Americano.

das reservas. A Convenção Europeia, por seu turno, dispõe que "as reservas de caráter geral não são autorizadas".[56]

O segundo dos fatores, por si só, pode significar uma garantia contra certas atividades que, sob o pretexto do exercício de direitos, na verdade implicam violação ou supressão de outros. Os arts. 17 e 29, respectivamente das Convenções Europeia e Americana, proíbem toda interpretação autorizando um Estado-Parte, um grupo ou um indivíduo, a suprimir o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos ou a restringi-los de modo abusivo. Os termos dos dois artigos são praticamente idênticos.

O terceiro dos fatores, a proibição de *détournement de pouvoir* na aplicação da convenção, também substancia garantia significativa dos direitos protegidos. Sua previsão localiza-se no art. 18 do Pacto Europeu, segundo o qual as restrições aos direitos e liberdades "não podem ser aplicadas senão para a finalidade para a qual foram previstas". Essa previsão resulta, segundo alguns autores, da influência que a doutrina francesa do direito público exerceu sobre os redatores da Convenção.[57] Tal influência não se fez sentir, diretamente, no Pacto Americano. Não obstante, o sistema americano também contempla uma garantia semelhante na aplicação dos dispositivos convencionais. Trata-se de exigência segundo a qual as restrições autorizadas pela Convenção devem seguir certos princípios de (i) forma e de (ii) fundo. Nesse sentido, as restrições devem ser estabelecidas em (i) leis editadas no interesse geral e aplicadas tendo em vista (ii) os fins para os quais essas foram previstas, ou seja, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais em casos de colisão ou concorrência envolvendo não apenas direitos.

A fixação de regras de aplicação e interpretação pelos próprios documentos internacionais (art. 29 da CADH e art. 53 da CEDH) constitui o quarto dos fatores a ilustrar o alcance da proteção proporcionada pelos sistemas regionais europeu e americano. As disposições do Tratado Americano não podem ser interpretadas como "restringindo o gozo ou exercício de todo direito e de toda liberdade reconhecidos pela legislação de um Estado-Parte",[58] ou como "excluindo outros direitos e garantias inerentes à pessoa humana e que derivam da forma democrática representativa de governo";[59] ou como, ainda, "suprimindo ou limitando os efeitos que podem ter a declaração americana dos direitos e deveres do homem e todos os outros atos internacionais da mesma natureza".[60]

A CEDH, neste aspecto menos ampla que a CADH, prescreve que nenhuma das suas disposições poderá ser "interpretada como limitando ou trazendo prejuízo aos direitos do homem e às liberdades fundamentais que poderiam ser reconhecidas conforme as leis de toda parte contratante ou toda outra convenção da qual esta parte contratante é parte".

Uma última nota quanto ao universo de aplicação, relativamente à matéria. A Convenção Americana estabelece uma correlação entre os direitos humanos e os seus deveres, admitindo que aqueles possam ser limitados em função destes, principalmente diante dos deveres para com a sociedade. Este princípio é enunciado de tal modo que as liberdades de uns são limitadas pelos direitos e liberdades de outros, pela segurança

---

[56] Art. 57, §1º.

[57] Conforme HEUMANN. Les Droits Garantis par la Convention Européenne des droits de l'homme: Etude des limitations de ces droits. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg.

[58] Art. 29, "b".

[59] Art. 29, "c".

[60] Art. 29, "d".

de todos e pelas "justas exigências do bem comum".[61] Ora, tais limitações não podem ser vistas como hipóteses de supressão dos conteúdos protegidos, mas apenas como autorização da adoção de fórmulas conciliatórias para convivência numa sociedade democrática. De qualquer modo, não se pode esquecer que tal princípio pode representar uma válvula de escape para governos que, em democracias meramente formais, violam ou restringem de modo injustificável o exercício dos direitos humanos. Crê-se, portanto, que, no caso, a associação entre direitos e deveres é plenamente dispensável. Ademais, sua função-motor não é outra senão expressar e ratificar um princípio implícito em toda a extensão do Tratado. Afinal, a correlação integra a própria essência do Direito. Parece, então, que o silêncio da Convenção Europeia é mais significativo.

3.2.3 Mecanismos protetores

O último elemento caracterizador do alcance da proteção é definido pelas garantias. Está-se a referir (i) aos recursos internos[62] e (ii) aos recursos dirigidos aos órgãos constituídos pelas Convenções.[63]

Ao lado destas formas de controle direto as duas Convenções cuidam ainda de uma outra. Trata-se do controle operado pela Comissão de Direitos do Homem, na Convenção Americana, a partir dos relatórios obrigatoriamente remetidos,[64] a cada ano, ou a partir das informações requeridas pela Comissão no exercício de sua competência.[65] Trata-se, ainda, das explicações de que os Estados-Partes devem encaminhar ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, em face de exigência do Tratado. Este procedimento, previsto no art. 52, visa informar sobre o modo pelo qual os Estados contratantes asseguram a aplicação efetiva das disposições contratadas em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Todavia, se essas formas de controle podem funcionar como técnica de prevenção, o mecanismo recursal é mais eficaz, cuidando especificamente de eventual violação.

Os recursos internos são aqueles previstos pelas instâncias nacionais. Segundo o art. 13 do Pacto Europeu, o recurso deverá ser "efetivo". O Pacto Americano (art. 25) exige que seja "simples, rápido e efetivo". Os Estados tratam, além dos meios processuais convencionais, de ações específicas dirigidas à proteção de posições jusfundamentais contra ação ou omissão do Poder Público. Cite-se, como exemplo, o *habeas corpus*, presente em muitos lugares, o *recurso por excesso de poder* na Bélgica e França, o *recurso de amparo* em vários Estados latino-americanos, além do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, no Brasil, além tantas outras vias.[66]

Entretanto, como as Convenções vinculam toda atividade governamental, judicial, administrativa ou legislativa, elas podem criar dificuldades nos países que não

---

[61] Art. 32, §§1º e 2º.

[62] Arts. 13 e 25, respectivamente, dos Tratados Europeu e Americano.

[63] CANÇADO TRINDADE. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*; CANÇADO TRINDADE. *Direito internacional e direito interno*: sua interação na proteção dos direitos humanos: instrumentos internacional de proteção dos direitos humanos. Também ver: CONCI. O controle de convencionalidade no sistema interamericano de diretos humanos e o princípio 'pro homine'. *In*: CONCI; POZZOLO. *Direito constitucional transnacional*; PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*; PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*.

[64] Art. 42 do Pacto Americano.

[65] Art. 41, "d".

[66] É o caso, ainda, do Recurso Constitucional da Alemanha (Cf. CAPPELLETTI. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*).

admitem o controle da constitucionalidade das leis. Neste caso, uma série de atos que poderiam ser controlados internamente deixa de sê-lo. Para transpor situações assim, ou identificadas com a ineficácia dos recursos internos, as Convenções desenharam um segundo mecanismo, desta vez internacional, operado por seus próprios órgãos. São os recursos interpostos junto à Comissão Americana e Corte Europeia de Proteção dos Direitos Humanos.

O recurso pode ser interposto pelos Estados, assim como por particulares, grupos deles e organismos não governamentais, desde que esgotadas as vias nacionais compatíveis.[67] Na CADH o recurso é dirigido sempre à Comissão, enquanto na CEDH, em função das inovações introduzidas pelo Protocolo nº 11, que entrou em vigor em novembro de 1998, extinta a Comissão, está autorizado o particular a apresentar recurso diretamente no Tribunal (artigos 34 e 35).

No Pacto Europeu, antes da aprovação do Protocolo nº 11, o recurso podia ser resolvido de três maneiras: (i) por meio de acordo amigável patrocinado pela Comissão, nos termos dos arts. 28 e 30 da CEDH com a redação anterior ao referido Protocolo. Se isso não fosse possível, a questão era levada ao Comitê de Ministros;[68] (ii) por meio da manifestação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, tomada pela maioria de dois terços, decidindo se teria havido ou não, da parte do Estado denunciado, violação da Convenção. A decisão era tomada se decorridos três meses da transmissão do relatório da Comissão, a Corte não tivesse sido provocada. A decisão do Comitê de Ministros tinha caráter obrigatório. (iii) Todavia, uma vez reconhecida a jurisdição, ou consentida sua intervenção, o processo podia ser concluído por meio de decisão da Corte Europeia de Direitos do Homem.[69] Esta verificaria sobre a existência, ou não, parcial ou integral, de violação por parte de um ou mais Estados contratantes, às obrigações estabelecidas pela convenção.[70] Tudo mudou com o Protocolo nº 11 que entrou em vigor em novembro de 1998. A Corte, agora, é provocada diretamente, tendo sido suprimida a Comissão. Não havendo solução amigável na forma dos arts. 38 e 39 da CEDH, a Corte, por meio da Seção competente ou do Tribunal Pleno (arts. 42 e 43), decidirá o caso. Salvo a hipótese de recurso dirigido ao Pleno, na forma do art. 43, as decisões da Corte são irrecorríveis e definitivas.[71] Deverão ser motivadas,[72] ostentando caráter obrigatório e vinculante.[73]

---

[67] Para os Estados contratantes, o princípio "do esgotamento das vias nacionais compatíveis" não se aplica. Tal princípio dirige-se apenas aos particulares. Essa regra encontra-se regulada de forma distinta no Pacto Americano e no Europeu. O tratado europeu dispõe simplesmente (art. 35) que o Tribunal pode ser provocado após o esgotamento dos recursos internos. Quanto ao tratado americano, cuidando da Comissão, a regra é relativizada em função: (i) da inexistência na legislação do Estado considerado de procedimento judiciário para a proteção do direito cuja violação é alegada (art. 46, §2º, "a"), (ii) do impedimento do acesso ao recurso interno e, finalmente, em função de (iii) um atraso injustificado na decisão das instâncias provocadas.

[68] Convenção Europeia, art. 32 na numeração anterior à decorrente do Protocolo nº 11.

[69] O art. 44 da Convenção Europeia, com a redação antiga, previa que apenas as partes contratantes e a Comissão podiam provocar a Corte. O reconhecimento da jurisdição da Corte devia ser formalizado mediante declaração (art. 46). Extinta a Comissão, após o Protocolo nº 11, na forma do que dispõe o art. 34 da CEDH, com a nova numeração do articulado normativo, qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos pode provocar a atuação da Corte. Por outro lado, o reconhecimento da jurisdição da Corte é, agora, automático. Nos termos do art. 32 da CEDH, "A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos Protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos arts. 33, 34 e 47.

[70] Conforme art. 50 do Tratado Europeu, na antiga redação anterior ao Protocolo nº 11.

[71] Art. 44 da CEDH.

[72] Art. 45 da CEDH.

[73] Art. 46 da CEDH.

Os países-membros devem, nos termos do art. 46, conformar-se com as sentenças da Corte. A execução de suas decisões, por outro lado, na forma do mesmo artigo, deve ser acompanhada pelo Comitê de Ministros.

Três são os modos pelos quais um recurso pode ser resolvido diante da CADH: (i) através de conciliação, isto é, de acordo amigável promovido pela Comissão (art. 49); (ii) por meio de relatório da Comissão, desde que, passados três meses da entrega aos Estados interessados do relatório previsto no art. 50, não tenha solucionado o caso ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando a sua competência. Neste caso, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não o relatório. Cumpre lembrar, aliás, que à Comissão foi conferida, inclusive, competência para solicitar à Corte a adoção de medidas cautelares, mesmo em casos ainda não submetidos a esta, quando a urgência da situação assim o requerer.[74] (iii) O terceiro modo de solução de controvérsia envolvendo direitos humanos, no sistema regional

[74] Art. 63 da CADH. Ademais, o art. 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009), dispõe sobre as seguintes medidas cautelares: "Artigo 25. Medidas cautelares. 1. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente. 2. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis a pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente. 3. As medidas às quais se referem os incisos 1 e 2 anteriores poderão ser de natureza coletiva a fim de prevenir um dano irreparável às pessoas em virtude do seu vínculo com uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis. 4. A Comissão considerará a gravidade e urgência da situação, seu contexto, e a iminência do dano em questão ao decidir sobre se corresponde solicitar a um Estado a adoção de medidas cautelares. A Comissão também levará em conta: a. se a situação de risco foi denunciada perante as autoridades competentes ou os motivos pelos quais isto não pode ser feito; b. a identificação individual dos potenciais beneficiários das medidas cautelares ou a determinação do grupo ao qual pertencem; e c. a explícita concordância dos potenciais beneficiários quando o pedido for apresentado à Comissão por terceiros, exceto em situações nas quais a ausência do consentimento esteja justificada. 5. Antes de solicitar medidas cautelares, a Comissão pedirá ao respectivo Estado informações relevantes, a menos que a urgência da situação justifique o outorgamento imediato das medidas. 6. A Comissão avaliará periodicamente a pertinência de manter a vigência das medidas cautelares outorgadas. 7. Em qualquer momento, o Estado poderá apresentar um pedido devidamente fundamentado a fim de que a Comissão faça cessar os efeitos do pedido de adoção de medidas cautelares. A Comissão solicitará observações aos beneficiários ou aos seus representantes antes de decidir sobre o pedido do Estado. A apresentação de tal pedido não suspenderá a vigência das medidas cautelares outorgadas. 8. A Comissão poderá requerer às partes interessadas informações relevantes sobre qualquer assunto relativo ao outorgamento, cumprimento e vigência das medidas cautelares. O descumprimento substancial dos beneficiários ou de seus representantes com estes requerimentos poderá ser considerado como causa para que a Comissão faça cessar o efeito do pedido ao Estado para adotar medidas cautelares. No que diz respeito às medidas cautelares de natureza coletiva, a Comissão poderá estabelecer outros mecanismos apropriados para seu seguimento e revisão periódica. 9. O outorgamento destas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirá pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos pela Convenção Americana e outros instrumentos aplicáveis". Uma Medida Cautelar editada pela Comissão e que envolveu questão de grande repercussão no âmbito nacional foi a MC 382/2010 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. Em 1º de abril de 2011, a CIDH outorgou medidas cautelares a favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu. A solicitação de medida cautelar alegava que a vida e integridade pessoal dos beneficiários estariam em risco pelo impacto da construção da usina hidroelétrica Belo Monte. Em 29 de julho de 2011, durante o 142º Período de Sessões, a CIDH avaliou a MC 382/2010 com base na informação enviada pelo Estado e pelos peticionários, e modificou o objeto da medida. Além disso, decidiu que o debate entre as partes no que se refere a consulta prévia e ao consentimento informado em relação ao projeto Belo Monte se transformou em uma discussão sobre o mérito do assunto, tema que supera o âmbito do procedimento de medidas cautelares.

americano, opera-se por meio de decisão da Corte Interamericana, com sede em San José da Costa Rica. Mas esta solução somente ocorrerá em relação àqueles Estados que reconheçam como obrigatória a sua jurisdição (art. 62). Uma vez reconhecida a sua jurisdição, a Corte decidirá soberanamente. Sua decisão é motivada, definitiva e obrigatória.[75] Neste ponto, cumpre lembrar que, enquanto no Conselho da Europa, o particular, após o Protocolo nº 11, está autorizado a provocar diretamente o Tribunal, no Sistema Regional Americano, nos termos do que prescreve o art. 61, somente os Estados-Partes e a Comissão têm o direito de submeter um caso à Corte. Ao particular é dado o direito de provocar apenas a Comissão. É verdade, porém, que no contexto da OEA, de modo indireto, efeito análogo ao observado no sistema europeu tem sido alcançado ultimamente, isto em virtude da prática usual da Comissão de levar à Corte a maioria dos casos a ela submetidos.[76]

Não se trata de discutir longamente se o sistema adotado na Europa é mais eficaz que o Americano ou vice-versa. Isso depende muito da autoridade moral dos órgãos que exercem controle. Ora, não são poucos os órgãos que, ostentando competência não vinculante, conquistam, em face de sua autoridade moral, verdadeira força obrigatória. O início da história do *Conseil d'État* francês, bem como a competência inicial da "Seção de Administração do Conselho de Estado" belga em matéria vinculada ao contencioso de indenização, bem ilustra a tese.[77] É possível afirmar que, no Sistema Interamericano, a Comissão, desde sua criação e através de suas sucessivas modificações,[78] realiza um trabalho para reafirmar continuamente a sua autoridade moral. As Cortes, por outro lado, parecem corresponder, em grandes linhas, nas duas Convenções, a concepções análogas. Mas apenas o tempo dirá se a Corte Americana gozará, na prática, algum dia, da autoridade que lhe confere a previsão normativa. O exemplo europeu, quanto a isto, merece ser seguido.[79]

---

[75] Art. 66 da CADH.

[76] Deve-se observar que, nos termos do art. 61 da Convenção Americana, apenas os Estados-Partes e a Comissão possuem o direito de submeter um caso à Corte. Logo, de acordo com o regulamento da Comissão, em seu art. 44, se esta entender que o Estado não cumpriu suas recomendações, poderá submeter o caso à Corte. Aduz Flávia Piovesan que: "O novo Regulamento introduz, assim, a justicialização do sistema interamericano. Se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, com o novo Regulamento, o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática. O sistema ganha maior tônica de 'juridicidade', reduzindo a seletividade política, que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana" (PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 333).

[77] Esses dois órgãos da Administração Pública, embora ostentando inicialmente apenas competência consultiva, adquiriram uma autoridade moral suficiente para impedir decisões da Administração contrastantes de seus entendimentos. Consultar a propósito: HUBERLANT. *Notes du cours de contentieux administratif*.

[78] A Comissão é anterior à convenção. Foi criada em 1959, por ocasião da quinta reunião de consulta, realizada em Santiago do Chile (Resolução VIII). Sua competência, num primeiro momento, era diminuta. Mas já em novembro de 1965, na segunda Conferência Interamericana Extraordinária, recebeu novas competências. Mas foi somente por meio do Protocolo de Buenos Aires que revisou a Carta da OEA, em 1967, que à Comissão foi conferido tratamento adequado. De "entidade autônoma da OEA", dotada de modestas atribuições, transformou-se em órgão definitivo, um daqueles por intermédio dos quais a OEA realiza seus fins (art. 51, §3º, da Carta). Atualmente, a Comissão exerce duas funções: a primeira como órgão da OEA; a segunda como órgão da Convenção Americana. Tais funções restam amalgamadas quando se trata de Estados que, membros da OEA, são igualmente partes na Convenção Americana sobre Direitos do Homem. Sobre isso ver: ESPIELL. *Le système interaméricain comme système régional de protection international des droits de l'homme*, p. 2-55.

[79] A Corte, com efeito, vem alcançando uma respeitabilidade digna de registro. Conta, atualmente, com cerca de trezentos casos decididos, muitos substanciando *leading cases*. É evidente que a autoridade da Corte depende, também, da acolhida de sua jurisprudência pelos Estados-Partes. Decisivo para isso, ainda, é a abertura das instâncias judiciais internas para o diálogo com a jurisprudência da Corte de São José da Costa Rica. Sobre o assunto consultar: MAZZUOLI. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*; CONCI. *Controle de convencionalidade e*

Verificadas, em traços largos, as condições gerais de aplicação dos instrumentos internacionais Europeu e Americano (e, portanto, o alcance da proteção regional aos direitos humanos por elas conferido), cabe empreender uma segunda comparação. Desta vez, envolvendo os direitos protegidos pelas Convenções.

3.3 Comparação quanto ao conteúdo protegido

3.3.1 Questão metodológica

Na exposição do conteúdo protegido aparecem alguns problemas ligados à técnica de apresentação dos direitos. Tais questões se tornam ainda mais complexas quando, diante da forma de redação das Convenções, emerge uma espécie de sinonímia entre os direitos e as suas garantias.[80] Esta variável impede a exposição baseada no agrupamento dos direitos, de um lado, e de suas garantias, de outro.

Poder-se-ia adotar um segundo método, nos termos do qual cumpriria explorar cada artigo comparado ao similar da outra convenção. O objetivo final seria a construção de um quadro comparativo geral. Essa técnica não é adequada por uma razão essencial: a comparação seria empobrecida pelo seu caráter de precária elaboração. Ademais, exigiria um espaço que não cabe nos limites do presente texto.

Uma variante do método poderia ser abraçada. Ela envolveria o inventário dos direitos protegidos em ambos os documentos, verificando, ademais, a extensão da proteção assegurada a cada um pelos dois textos, concluindo com uma síntese comparativa capaz de dar conta da economia geral de cada convenção e das lacunas de uma em relação à extensão da outra. Esta técnica apresenta a vantagem da simplicidade. Entretanto, não deixa de apresentar algumas dificuldades. A primeira (e mais significativa) diz respeito a uma questão preliminar. Como falar de direitos sem um ensaio prévio de definição? Os dois Pactos, como afirmado, contemplam direitos e garantias normativas. Ora, as garantias, como antes afirmado, são, não poucas vezes, enunciadas como direitos num texto e como garantias (constituindo mero parágrafo num artigo destinado a afirmar outro conteúdo) no outro. Qualquer definição *a priori*, necessariamente abstrata, poderá ser arbitrária, não cobrindo as especificidades de cada convenção. Por isso, o método referido não é o mais adequado aos propósitos do presente estudo.

Um terceiro método justificaria o estudo não dos direitos, mas, antes, dos domínios jurídicos protegidos. Esta técnica de exposição tem a vantagem de, no contexto de uma mesma atividade humana, referir-se ao mesmo tempo aos direitos e garantias, sem a necessidade da prévia delimitação conceitual dos termos. Depois, apresenta a vantagem da síntese ao aglutinar vários artigos e parágrafos (relativos a vários direitos e garantias) sob um mesmo título. Esta é a técnica que será adotada.

Da análise das duas Convenções, resultam sete principais domínios jurídicos protegidos. São os domínios relativos à (i) integridade corporal, à (ii) liberdade individual, à (iii) atividade intelectual, à (iv) proteção da intimidade, à (v) atividade social e política, à (vi) propriedade e, finalmente, à (vii) liberdade de locomoção e residência.

---

constitucionalismo latino-americano; HERRERA. El diálogo entre tribunales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como fuente de inspiración para los tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos. *Boletín Electrónico sobre Integración Regional del Cipei*, p. 14-34 e BAZÁN. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas ou Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidade de um diálogo interjurisdiccional crítico. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*.

[80] Para Rui Barbosa os direitos constituem medidas declaratórias, substanciando meios assecuratórios as garantias. Porém, a distinção entre as duas noções nem sempre é transparente (*República*: teoria e prática, p. 121).

Alguns domínios são mais bem protegidos por uma das Convenções. Outros alcançam, nos dois Pactos, a mesma significação. De um modo geral, as diferenças entre os dois textos referem-se a aspectos parciais de cada campo jurídico. A matéria constitui objeto do item 3.3.

Ao lado do patrimônio comum, há outras dimensões da atividade humana disciplinadas pela Convenção Americana, mas não pela Europeia. Tais dimensões serão expostas no item 3.2, a seguir.

3.3.2 Conteúdos regulados pela Convenção Americana e não regulados pela Convenção Europeia

Entre os conteúdos regulados pelo Texto Americano e não regulados pelo Pacto Europeu, encontram-se os direitos (i) à proteção da honra e dignidade humana, (ii) ao nome; (iii) de igualdade em face da lei, (iv) ao reconhecimento da personalidade jurídica e (v) alguns de natureza econômica, social ou cultural.

3.3.2.1 Proteção da honra e dignidade humana

O art. 11 da Convenção Americana apresenta duplo conteúdo. De uma parte (§§1º e 2º), um conteúdo relativo à proteção da dignidade. Este conteúdo assume o mesmo significado da proteção da intimidade no documento europeu. O assunto será tratado depois. Mas o §1º ultrapassa um pouco essa significação, porque cuida da dignidade humana. Ora, a sua inclusão no texto convencional pode parecer supérflua. Afinal, os documentos jurídicos internacionais e os mecanismos de garantia por eles criados não têm outro objetivo senão o de reconhecer, promover e proteger a dignidade da pessoa humana.[81] Presta-se, todavia, como modo retórico de reafirmação da dignidade da pessoa humana.

O segundo conteúdo apresentado pelo art. 11 refere-se à proteção da honra e da reputação da pessoa humana. Se, em relação ao primeiro conteúdo, o documento americano não apresenta grande inovação em face do disciplinado pelo Tratado Europeu, a novidade aparece no segundo conteúdo. Entretanto, uma possível superioridade do documento americano sobre o europeu, neste particular, deve ser relativizada. Com efeito, tratando-se de norma que se contenta em afirmar o direito ao respeito da honra e ao reconhecimento da dignidade humana, seu alcance pode, espera-se que não, ser identificado com um mero programa de ação a ser observado pelas partes contratantes.[82]

---

[81] Sobre o tema: BARROSO. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial; SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

[82] Deve-se notar que na Convenção Europeia não possui dispositivo expresso que venha a proteger a dignidade humana, trata-se do tema apenas na exposição de motivos do Protocolo nº 13, da seguinte maneira: "Convictos de que o direito à vida é um valor fundamental numa sociedade democrática e que a abolição da pena de morte é essencial à protecção deste direito e ao pleno reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos [...]". O espectro da Corte Europeia é bastante limitado no que tange ao tema, a referência mais comum trata do art. 3º da Convenção Europeia, que proíbe a tortura, ver: CASE OF TYRER v. THE UNITED KINGDOM, Application n. 5856/1972, julgado em 25 de abril de 1978 e CASE OF GEANOPOL v. ROMANIA, Application n. 1777/2006, julgado em 05 de março de 2013. No que diz respeito à Corte Interamericana, há vasta jurisprudência sobre a questão, ver: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, julgado em 26 de junho de 1987, que trata do desaparecimento forçado de um oficial das Forças Armadas hondurenhas; Caso Neira Alegría e outros vs. Perú, julgado em 11 de dezembro de 1991, que trata do desaparecimento de três cidadãos peruanos na prisão, ocorrido ante o estabelecimento das Forças Armadas no controle do sistema prisional do país; Caso dos "Meninos

3.3.2.2 Direito ao nome

Conforme dispõe o art. 18 da Convenção Americana, "toda pessoa tem direito a um prenome próprio e ao nome de seus pais ou de um entre eles". Cabe à lei disciplinar esse direito. O artigo autoriza um recurso dirigido à sua satisfação.

3.3.2.3 Direito a uma nacionalidade[83]

O direito à nacionalidade assume três faces: (i) direito a uma nacionalidade, (ii) direito de não ser privado da nacionalidade e (iii) direito de mudar de nacionalidade. Uma quarta face não deixa de ser significativa. Disposta no art. 20, §2º, manifesta-se como direito de aquisição, para o indivíduo, não dispondo de outra, da nacionalidade do Estado em que nasceu.

O reiterado exercício desse direito pode conduzir, em terras americanas, ao desaparecimento da injusta condição de apátrida.[84] Sua aplicação não desafia maior dificuldade vez que o critério qualificador da nacionalidade, na maior parte dos Estados americanos, é o *jus soli*. É mais difícil para os países que adotam o critério *jus sanguinis*.

3.3.2.4 Direito de igualdade em face da lei

A Convenção Europeia assegura, nos termos do art. 14, o exercício dos direitos por ela garantidos, sem distinção alguma. Não há, porém, o reconhecimento da igualdade perante a lei com o alcance de princípio geral.[85] O projeto do segundo Protocolo Adicional compreendia essa garantia.[86] Entretanto, acabou sendo concluído sem ela. Diante disso, permanece a situação segundo a qual, frente à Corte Europeia, "toda diferenciação não constitui forçosamente uma discriminação".[87]

Tudo se passa de modo distinto com o Tratado Americano. Aqui, no art. 24, encontra-se proclamado, em termos generosos, o direito à igualdade: "Todas as pessoas

---

de rua" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, julgado em 11 de setembro de 1997, que trata do sequestro, tortura e assassinato de cinco jovens que viviam nas ruas; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, julgado em 25 de novembro de 2006, que, em decorrência de uma operação no sistema prisional peruano várias pessoas foram vitimadas, restando o Estado peruano responsabilizado pela morte, ferimento, o trato cruel, desumano e degradante dos presos.

83 Esse direito evita situações inadmissíveis como as que, no passado, eram comuns na África do Sul. Sobre isso, BRAECICMAN. L'Afrique du Sud au toumant. *Le Soir*.

84 ARENDT. *Origens do totalitarismo*.

85 VASAK. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, p. 75.

86 HERAUD. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 121.

87 HERAUD. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 122. Consulte-se, ainda, a decisão prolatada sobre o pedido (*requête*) nº 104/1955 (decisão de 18 de dezembro de 1955). *Annuaire* I, p. 228, *In*: VASAK. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, p. 75. À Convenção Europeia foi acrescido o Protocolo nº 12 no ano 2000, cuidando da interdição geral de discriminação. Contudo, a posição jurisprudencial anterior da Corte foi relativamente mantida. Eis que, reconhece a presença da discriminação em casos específicos como aquelas baseadas na raça ou na etnia, CASE OF D.H. AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC, Application n. 57325/2000, julgado em 13 de novembro de 2007 e CASE OF SEJDIĆ AND FINCI v. BOSNIA AND HERZEGOVINA, Applications ns. 27996/2006 e 34836/2006, julgados em 22 de dezembro de 2009, ou nos casos relativos a discriminações em razão da orientação sexual, CASE OF SCHALK AND KOPF v. AUSTRIA, Application n. 30141/2004, julgado em 22 de novembro de 2010, porém, não aceita qualquer alegação de discriminação como a realizada com base no argumento da propriedade no CASE OF CHABAUTY v. FRANCE, Application n. 57412/2008, julgado em 04 de outubro de 2012.

são iguais perante a lei; por consequência, todas elas têm direito a uma proteção igual da lei, sem discriminação alguma".

Nesse particular, a Convenção pode ser invocada para a satisfação da igualdade de todos diante da Administração Pública, nos Tribunais, vinculando também o Legislador. A situação muda em outras hipóteses, especialmente aquelas envolvendo situações fáticas de desigualdade implicando necessidade de adoção de mecanismos de discriminação positiva. As manifestações da Comissão e da Corte serão preciosas no sentido de elucidar os limites possíveis de tal conteúdo protegido. Resta conferir se a interpretação do direito de igualdade, levada a cabo por tais órgãos, será também generosa.[88]

3.3.2.5 Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

O primeiro direito proclamado no Capítulo II garante o reconhecimento, a toda pessoa, de sua personalidade. O dispositivo reitera, de algum modo, preocupação já acentuada no Pacto das Nações Unidas (art. 16).

A proposta de inscrever este direito na Convenção Europeia foi aventada por ocasião dos estudos dirigidos à conclusão do quarto Protocolo Adicional. Porém, a proposição não chegou a ser aceita.[89]

A condição de possuidor (titular) de direitos exige uma condição prévia, a de sujeito de direito. Disso decorre a relativa desnecessidade de proclamação da garantia. Tal hipótese se vê fortalecida quando se percebe que a noção de personalidade jurídica é a própria ideia mestra do Direito moderno.[90] O Estado moderno exige a racionalidade de um Direito que não pode subsistir sem a noção de pessoa. Por essa razão, é possível indagar sobre a utilidade de tal reconhecimento num texto internacional. Crê-se que melhor seria se, nos contextos americano e europeu, houvesse tratamento adequado para o tratamento jurídico da capacidade jurídica. Tal questão tocaria num ponto delicado, principalmente nas Américas, aquele vinculado ao estatuto jurídico dos indígenas.

O que acima foi dito, porém, não se aplica quando se trata de um texto internacional de caráter universal, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU. Com efeito, aqui aparece claramente a importância do direito. Ainda há regiões no mundo não integradas à modernidade, onde imperam, muitas vezes, relações de produção marginais, próximas às escravistas. Ora, o escravo é um ser que sofre a expropriação dos seus atributos de humanidade. É, por isso, tratado como coisa, objeto de relações comerciais (compra e venda). Falta-lhe a liberdade, atributo que, aliado à vontade, constitui o elemento-chave da noção de sujeito de direito. Quem não é livre não tem

---

[88] No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos ver: Caso Yatama Vs. Nicaragua, julgado em 23 de junho de 2005, no qual a Corte entendeu não haver justificação para a exclusão, portanto, da realização de discriminação injustificada do partido político indígena Yatama (Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka) condenando o Estado da Nicarágua a adotar diversas medidas reparadoras, dentre elas, a reforma de sua legislação eleitoral e a indenização dos afetados; Caso das meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana, julgado em 08 de setembro de 2005, que trata de meninas nascidas na República Dominicana, porém, de ascendência haitiana, no qual restou reconhecida a violação por parte do Estado aos direitos de nacionalidade, igualdade perante a lei, ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à integridade pessoal das solicitantes. Ademais, neste Caso, o Estado foi condenado a reconhecer a nacionalidade das solicitantes, pagar indenizações e pedir desculpas às vítimas.

[89] A proposição de inclusão foi feita pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. O texto da regra seria o seguinte: "Tout individu a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique".

[90] Nicos Poulantzas demonstra, sob a perspectiva marxista, a ligação direta entre a categoria de sujeito de direito e a de Direito moderno (Hegemonía y dominación en el Estado moderno. *Cuadernos de Pasado y Presente*).

vontade e não pode, portanto, ser titular de direitos e obrigações. Ora, acabar com essa injusta situação em várias partes do mundo constitui o objetivo principal do art. 16 do Pacto das Nações Unidas.

3.3.2.6 Direitos econômicos, sociais e culturais

A presença desse conjunto de direitos na Convenção Americana, como já se anunciou, a distancia da concluída no âmbito do *Conseil de l'Europe*. Com efeito, esta cuida apenas dos direitos civis e políticos, seguindo uma política específica também adotada pela ONU.[91]

Os direitos econômicos, sociais e culturais[92] estão, em princípio, regulados pelo art. 26, que monopoliza o capítulo dedicado ao tema. A redação final da Convenção alterou a forma mediante a qual, anteriormente, o Conselho Interamericano de Jurisconsultos desenvolvera o assunto. Com efeito, o Capítulo III do então projeto elaborado em 1959, em Santiago do Chile, compreendia os direitos (i) ao trabalho, (ii) dos povos à livre determinação, (iii) à sindicalização, (iv) à previdência social, (v) a condições dignas de trabalho, (vi) de constituir uma família, (vii) de receber educação, (viii) de tomar livremente parte na vida cultural e (ix) à propriedade privada, sujeitado seu uso ao interesse social.[93]

Na redação afinal adotada em São José da Costa Rica, em 1969, os direitos à propriedade privada,[94] à proteção da família[95] e da criança[96] foram dispostos entre os direitos civis e políticos. Os demais direitos econômicos, sociais e culturais, foram tratados, sem maior cuidado técnico, de modo meramente programático pelo art. 26 já referido, da seguinte forma:

---

[91] A proteção concedida aos direitos econômicos, sociais e culturais foi estabelecida no sistema europeu a partir da Carta Social Europeia. No que tange à ONU, há duas convenções que tratam separadamente dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo Piovesan: "Embora aprovados em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entraram em vigor apenas dez anos depois, em 1976, tendo em vista que somente nessa data alcançaram o número de ratificações necessário para tanto. Em maio de 2011, cento e sessenta e sete Estados já haviam aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e cento e sessenta Estados haviam aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais" (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 228).

[92] Embora os direitos econômicos, sociais e culturais impliquem para os Estados também uma obrigação de prestação negativa, uma abstenção, supõem obrigações positivas, caracterizando o que Jean Rivero chama de direitos-crédito, por oposição aos direitos-liberdade (*Les Libertés Publiques*). Ainda, sobre o referido tema ver: ABRAMOVICH; COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibiles*; ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*; BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*; CLÈVE. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In*: CLÈVE. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*; HOLMES; SUNSTEIN. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes; LEDUR. *Direitos fundamentais sociais*: efetivação no âmbito da democracia participativa; LEIVAS. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*; PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantias*; QUEIROZ. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade; SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Veja-se o disposto por Flávia Piovesan, no sentido que: "[...] tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário" (PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 244).

[93] BAUER. La convención americana sobre derechos humanos. *In*: ESTUDIOS de derecho internacional: homenaje al Profesor Miaja de la Muela, p. 539.

[94] Art. 21 da CADH.

[95] Art. 17 da CADH.

[96] Art. 19 da CADH.

> Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados-Partes se comprometem a adotar as providências, tanto em nível interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para lograr progressivamente a plena efetividade dos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta de Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, pela adoção de disposições legislativas ou por outros meios apropriados.

A disposição, como se vê, faz referência expressa à Carta da OEA. Este documento incluiu, por meio do protocolo de Buenos Aires, um conjunto de novas disposições concernentes à proteção da vida social,[97] econômica[98] e cultural,[99] constituindo, praticamente, uma declaração de direitos de natureza econômico-social.[100]

Entretanto, a redação dos dispositivos, como afirma Bauer, "deixa um tanto vaga, e até de certa forma inoperante, a obrigação dos Estados de promover e de proteger os referidos direitos [...]".[101] Isto porque os próprios dispositivos normativos abrem saídas para o descumprimento das obrigações estatais, sob o pretexto da escassez de recursos ou outro motivo. Percebe-se que tais direitos, na forma como reconhecidos, implicando desenvolvimento progressivo, não autorizam eficácia integral, direta e imediata. Logo, no tocante à eficácia jurídica, os direitos econômico-sociais, no mundo prático da vida, acabam tendo o mesmo alcance na Convenção Europeia (que não os contemplou) e Americana, não obstante a diferença inicial entre as técnicas utilizadas. A técnica de redação dos dispositivos, assim como a natureza da matéria, não permite uma intervenção pronta e eficiente dos mecanismos institucionais de controle. Era de se esperar, portanto, que, como a ONU e o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos aprovasse outro documento para cuidar, com maior grau de precisão, dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isso ocorreu com o do *Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)*, adotado pela Assembleia Geral em 17 de novembro de 1988 e em vigor desde 16 de novembro de 1999. O Brasil aprovou o Protocolo Adicional em 1995, por meio do Decreto Legislativo nº 56.[102]

---

97 Art. 43 da Carta da OEA.

98 Art. 31 da Carta da OEA.

99 Arts. 47 e 48 da Carta da OEA.

100 ESPIELL. *Le système interaméricain comme système régional de protection international des droits de l'homme*, p. 19.

101 BAUER. La convención americana sobre derechos humanos. *In*: ESTUDIOS de derecho internacional: homenaje al Profesor Miaja de la Muela, p. 542.

102 Os direitos protegidos pelo Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador) são, em suma, os seguintes: a obrigação de adotar medidas; a obrigação de adotar disposições de direito interno; a obrigação de não discriminação; o direito ao trabalho; direitos sindicais; direito à previdência social; direito à saúde; direito ao meio ambiente; direito à alimentação; direito à educação; direito à cultura; direito à família; direitos da criança; proteção da pessoa idosa e proteção de pessoas com deficiência. Os direitos abrangidos pela Carta Social Europeia são, sinteticamente, os seguintes: direito ao trabalho; direito sindical; direito das crianças e adolescentes; direito à orientação e formação profissional; direito à saúde; direito à segurança social; direito à assistência social e médica; direito das pessoas com deficiência; direito à família; direito dos trabalhadores migrantes e, disposto em Protocolo Adicional à Carta Social, o direito de apresentar reclamações coletivas. Percebe-se que, mesmo com tópicos e disposições similares, a Carta Social Europeia possui uma preocupação recorrente com a proteção do trabalho e suas condições de execução, enquanto o Protocolo de San Salvador é mais generoso, ao estender sua proteção ao meio ambiente, à alimentação e ao idoso — pontos omissos na Carta Social Europeia. O comparativo entre os artigos que tratam das pessoas com deficiência é exemplar: veja-se o art. 18 do Protocolo Adicional e o art. 15 da Carta Social. De acordo com Flávia Piovesan: "A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26 da Convenção. Posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou

Os Estados, no Preâmbulo do Protocolo Adicional, reconhecem que "só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos". Diante disso, os países contratantes comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais (art. 1º). O compromisso inclui as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos (art. 2º). Mais do que isso, comprometem-se os Estados também a garantir o exercício de tais direitos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social" (art. 3º). Estabelecendo um mecanismo diferente de proteção e controle de tais direitos que inclui a atividade dos Conselhos Interamericano Econômico e Social e Interamericano da Educação, Ciência e Cultura, além da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o art. 19.6 do Protocolo Adicional, admite, apenas para os direitos à educação (art. 13) e à livre associação sindical, incluindo o livre funcionamento dos sindicatos, das federações e confederações sindicais, na circunstância de violação imputável diretamente a um Estado-Parte, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, sendo o caso, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação do sistema de petições individuais regulado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.3.2.7 Outros direitos

A comparação entre o Texto Americano e o Europeu pode se estender ainda sobre outros domínios jurídicos. É o caso, por exemplo, de certas garantias relativas à liberdade individual presentes no documento europeu, mas não no americano;[103] assim como de certos direitos políticos, do direito de asilo e do direito de retificação ou resposta presentes na Convenção Americana, mas não na Europeia. Como tais direitos e garantias podem se situar, sem dificuldade, nos domínios gerais a serem a seguir analisados, serão tratados, juntamente com estes, na próxima seção.

3.3.3 Conteúdos regulados pelas duas Convenções

Trata-se aqui não somente de expor os domínios regulados, ao mesmo tempo, pelos dois instrumentos internacionais, mas de analisar a amplitude do tratamento em ambos os instrumentos normativos internacionais.

---

um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em novembro de 1999, quando do depósito do 11º instrumento de ratificação, nos termos do artigo 21 do Protocolo" (PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 128-129). Ainda explica a autora que: "O catálogo de direitos da Convenção Europeia compreende fundamentalmente direitos civis e políticos, sob a inspiração do ideário democrático liberal e individualista, a expressar os valores dominantes e consensuais da Europa ocidental. Os direitos sociais, econômicos e culturais advieram apenas com a adoção da Carta Social Europeia, que estabelece a implementação progressiva desses direitos, bem como uma sistemática supervisão restrita a relatórios periódicos, a serem elaborados por Estados-Partes e submetidos à apreciação de um Comitê de *experts* (o Comitê Europeu de Direitos Sociais), a respeito dos avanços alcançados" (PIOVESAN. *Direitos humanos e justiça internacional*, p. 107).

[103] Leia-se, quanto a isso, o que será dito, mais tarde, sobre a proteção da segurança e liberdade individuais.

3.3.3.1 Proteção da vida e integridade pessoal

A proteção da vida e integridade pessoal compreende três dimensões distintas: (i) uma primeira relativa ao direito à vida, (ii) uma segunda ligada à integridade da pessoa e (iii) uma terceira identificada com a interdição de práticas conducentes à escravidão, servidão e trabalho forçado. Importa analisar como se apresenta cada dimensão.

3.3.3.1.1 Direito à vida

O direito à vida está previsto no art. 1º do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, no art. 2º da Convenção Europeia e no 4º da Americana. No contexto do Conselho da Europa, o direito é tratado com limites mais precisos. Tal limitação de conteúdo operou-se, certamente, para adequar a legislação dos Estados-Partes à normação do Tratado. Diante disso, o alcance do direito, sem o qual os demais perdem a razão de existir, foi diminuído. Segundo o Pacto Europeu, o direito à vida deve ser protegido pela lei. Entretanto, admite-se a pena de morte, desde que aplicada por tribunal.[104]

O Texto Americano, por sua vez, é mais generoso, cuidando não só da proteção do direito à vida, como também do respeito à vida de cada pessoa. Por outro lado, se no instrumento europeu a questão do aborto não é resolvida (até que ponto a interrupção da gravidez pode ser compatibilizado com o direito à vida?),[105] o mesmo não se passa com o Tratado da OEA. Nos termos deste a vida deve ser protegida, "em geral, a partir da concepção". Percebe-se, igualmente, no Texto Americano a intenção de restringir ao máximo a pena de morte, chegando mesmo a proibir sua aplicação aos crimes que ela não sanciona no momento de sua conclusão,[106] bem como a sua adoção por aqueles Estados que a aboliram.[107] Proíbe-se, ainda, a sua aplicação aos crimes políticos e aos de direito comum conexos àqueles (§4º do art. 4º), previsão que assume considerável importância nas Américas. Além disso, a pena de morte não pode ser aplicada às pessoas que, no momento do crime, contarem com menos de 18 ou mais de 70 anos. Não poderá, igualmente, ser aplicada às mulheres grávidas.[108]

Apenas no espaço (reduzido) exterior àquelas limitações poderá a pena de morte ser adotada. Entretanto, esta, sempre pronunciada por um tribunal competente, deve estar circunscrita aos crimes mais graves.[109] Não obstante, toda pessoa condenada à morte poderá, em qualquer caso, pedir comutação da pena, graça ou anistia, não podendo a

---

[104] Ver o Protocolo nº 13 (2002) que trata da Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias. Art. 2º da própria Convenção: "1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, *salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei*" (grifos nossos).

[105] No caso TYSIAC v. POLAND, Application n. 5.410/2003, julgado em 07 de fevereiro de 2006, a Corte Europeia entendeu que uma mãe que teve o direito ao aborto negado pela Polônia, tendo sido obrigada a manter sua gravidez mesmo possuindo laudos médicos indicando comprovado risco para a vida dela, merecia indenização. No mesmo julgamento, a Corte lembrou que a Convenção Europeia não garante o direito ao aborto, mas sim à vida, opondo-se, inclusive, em outra circunstância (PRETTY v. THE UNITED KINGDOM, Application n. 2.346/2002) a qualquer direito hipotético de retirar uma vida. Sobre o caso paradigmático de três mulheres que tiveram complicações médicas em decorrência da impossibilidade de acesso a serviços de aborto na Irlanda ver: CASE OF A, B AND C v. IRELAND, Application n. 25.579/2005, julgado em 16 de dezembro de 2010, pautado na interpretação do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

[106] §2º do art. 4º da CADH.

[107] §3º do art. 4º da CADH.

[108] §5º do art. 4º da CADH.

[109] §2º do art. 4º da CADH.

sentença ser executada enquanto tal pedido se encontrar pendente de resolução, segundo especifica o §6º do art. 4º da CADH.

Como se pode notar, a pena de morte é praticamente abolida do âmbito convencional americano.

Não obstante, se neste aspecto o Tratado da OEA é mais generoso que o do Conselho da Europa, o mesmo não se passa em outro campo. Com efeito, segundo os termos do primeiro Pacto, ninguém pode ser privado da vida "arbitrariamente". Por essa via, desde que a lei o admita, o Direito poderá aceitar, fora dos casos de aplicação da pena de morte, outras hipóteses justificáveis de privação do direito à vida. É o caso, por exemplo, da legítima defesa e do estado de necessidade. O Acordo Europeu, ao invés de empregar a fórmula vaga "arbitrariedade", preferiu indicar os casos em que a morte não pode ser considerada como violadora do direito à vida.[110] Crê-se que esta fórmula, embora menos dinâmica que a outra, confere mais segurança.

3.3.3.1.2 Direito à integridade da pessoa

A Convenção Europeia (art. 3º da CEDH) não admite que o ser humano seja submetido à tortura, nem a penas desumanas ou degradantes. O mesmo ocorre com o Tratado Americano, que conta com disposição voltada à tutela do direito à integridade física, psíquica e moral da pessoa humana.[111]

O art. 5º do Acordo da OEA, relativo ao direito à integridade da pessoa, contém, ainda, outras disposições sobre as quais algo será dito mais adiante. As disposições do parágrafo precedente veiculam regras absolutas que não toleram exceção.[112]

3.3.3.1.3 Interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado

O Acordo Americano, de certa forma, repete o conteúdo protegido pelo Europeu. Mas, vai adiante. Assim é que, nos termos do tratado, ninguém será mantido em escravidão ou servidão,[113] nem será compelido a executar trabalho forçado.[114] O Pacto do Conselho da Europa indica (art. 4º, §3º) os casos em que certos trabalhos não serão tidos como forçados (no sentido do Tratado), o mesmo ocorrendo com a Convenção da OEA. É o caso da prestação de serviço militar, do trabalho requisitado em caso de perigo e calamidades que ameaçam a vida em comunidade, do decorrente das obrigações cívicas normais[115] e do trabalho exigido de pessoas submetidas ao cumprimento de pena de reclusão ou detenção em virtude de condenação penal.

Em relação ao último aspecto, o Acordo Americano é mais estrito e rigoroso que o Europeu. Seguindo a filosofia do Pacto da ONU (Direitos Civis e Políticos, de 1966), o primeiro autoriza o trabalho compulsório apenas para as pessoas detidas em virtude de execução de sentença ou decisão formal de autoridade judiciária competente.[116]

---

[110] Art. 2º, §2º, "a", "b" e "c", da CEDH.

[111] Art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[112] O alcance dessas normas não pode ser, pois, nem completado, nem restringido. A propósito ver: Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto (*Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 88).

[113] Art. 6º, §1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[114] Art. 6º §2º e §3º do mesmo Tratado.

[115] Compare-se o disposto no §3º da CADH com o disposto no §3º do art. 4º da CEDH.

[116] Art. 6º, §3º, "a".

Essa exceção é mais precisa que a adotada pelo Pacto do Conselho da Europa. Aqui, o trabalho poderá ser exigido de pessoas detidas "nas condições previstas pelo art. 5º [...]". Ora, como lembra Meyer, "certas categorias de pessoas privadas de sua liberdade em razão do art. 5º não devem necessariamente estar detidas em razão de uma decisão da justiça".[117] Isto ocorre, por exemplo, com os menores, doentes contagiosos, bêbados habituais, toxicômanos ou com os doentes mentais, conforme autoriza a legislação deste ou daquele Estado europeu.

O Tratado Americano precisa, ainda, que o trabalho forçado não deve prejudicar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do detido. Esta restrição não é encontrada no Texto Europeu. Pode-se, porém, suprir esta lacuna, aplicando-se à situação o disposto no art. 3º, também presente na Convenção da OEA, que proíbe tratamentos ou penas degradantes ou desumanas.

3.3.3.2 Proteção da liberdade e segurança individuais

3.3.3.2.1 Princípio

Os arts. 7º e 5º, respectivamente, dos Acordos Americano e Europeu, com maior ou menor intensidade, proclamam o direito à liberdade e segurança individuais. O mesmo direito é objeto do art. 9º do Pacto da ONU.

A Convenção concluída no âmbito do Conselho da Europa contempla as situações que justificam a privação da liberdade. O Pacto Americano deixa a disciplina da matéria às Constituições dos Estados contratantes, bem como às leis promulgadas nos termos das disposições constitucionais. Esta fórmula, mais aberta, pode dar lugar a um número maior de situações excepcionais que autorizam a privação da liberdade. Essa mesma técnica foi adotada pelo Pacto da ONU. Seu inconveniente está em atribuir ao Legislador o poder de definir as situações ensejadoras da privação de liberdade, conferindo, em consequência, aos Estados contratantes, uma enorme margem de apreciação.[118]

Dispõe o Texto Europeu, por outro lado, que as detenções, sempre limitadas às hipóteses previstas no art. 5º, devem ser regulares, obedecendo às prescrições fixadas pela lei. O Pacto Americano limita-se a desautorizar as detenções "arbitrárias".[119] A redação não atinge o grau de precisão da Convenção Europeia. Afinal, o que é arbitrário, ilegal ou injusto? Para o Direito moderno, vinculado à ideia de legalidade,[120] o arbitrário corresponde, em princípio, à esfera da ilegalidade. Pode, entretanto, ir além. Assim considerando, a linguagem usada pela CADH corresponde ao adjetivo regular preferido pelos europeus. Neste sentido, nos casos prescritos em lei (lei ou Constituição dos Estados contratantes), a prisão de qualquer pessoa somente ocorrerá se de acordo com as regras de forma e de fundo previamente estabelecidas para a execução do ato.

Um último aspecto a ser ressaltado, no âmbito principiológico, concerne à proibição da privação da liberdade por "dívida"[121] (exceto no caso de inexecução de obrigações alimentares). O Texto Americano, assim disposto, é mais generoso que o Tratado

---

[117] MEYER. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*, p. 38.

[118] MEYER. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*, p. 40.

[119] Art. 7º, §3º, da CADH.

[120] SALDANHA. *Legalismo e ciência do direito*.

[121] Art. 7º, §7º, da CADH.

Europeu. Este interdita a privação da liberdade no caso de "inexecução de obrigação contratual".[122] Parece que a palavra "dívida" compreende toda sorte de obrigações inadimplidas, inclusive as relativas a obrigações públicas de natureza compulsória como, por exemplo, as tributárias. Não é esse o sentido da expressão utilizada pelo Pacto Europeu, que apresenta um conteúdo mais limitado, não abrangente das dívidas não resultantes de contrato.[123] Mas uma possível superioridade do sistema americano, no assunto em análise, deve ser relativizada. Note-se que enquanto o Pacto Americano proíbe a prisão por motivo de dívida, o Europeu proíbe que alguém seja "privado de sua liberdade". Esta redação oferece maior proteção neste aspecto, pois a vedação envolve "toda forma de privação, momentânea ou durável da liberdade [...]"[124] e não simplesmente a prisão.

Com efeito, enquanto o Tratado Europeu é mais favorável à proteção da liberdade sob um aspecto, o Tratado Americano o é, igualmente, mas em relação a aspecto diverso.[125]

3.3.3.2.2 Garantias da pessoa privada da liberdade

a) Direito de ser informado das razões da prisão

A informação deve ser dada no prazo mais curto possível. Tal garantia é assegurada pelos arts. 5º, §2º e 7º, §4º, das Convenções Europeia e Americana, respectivamente.

b) Direito de ser apresentado ao juiz

Parece que o art. 7º, §5º, da Convenção Americana encontra sua fonte de inspiração no art. 5º, §3º, do Pacto Europeu. Não obstante, não apresentam alcance idêntico.

---

[122] Art. 1º do Protocolo nº 4 à Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

[123] Não se pode esquecer, porém, que há, em alguns países, teorias sustentando a natureza bilateral do lançamento tributário, o que seria suficiente para caracterizar as dívidas fiscais como contratuais.

[124] MEYER. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*, p. 49.

[125] No Brasil, a primeira previsão de proibição da prisão civil por dívida consta da Constituição de 1934 e, atualmente está disposta no art. 5º, LXVII da Constituição de 1988. Entende-se que, de forma geral, o uso da restrição da liberdade dos indivíduos é medida descabida para compelir o devedor a realizar o pagamento da dívida. As duas exceções dispostas na CF/1988 tratam das obrigações alimentícias e do depositário infiel. A prisão civil do alimentante omisso não produz grandes debates. Em sendo o não adimplemento voluntário e inescusável, pode-se recorrer à prisão do alimentante, inclusive pela especificidade e pela demanda por tempestividade das verbas alimentares. Gilmar Mendes lembra que: "A segunda exceção prevista constitucionalmente dizia respeito à prisão civil do depositário infiel. Entretanto, a jurisprudência evoluiu e, com base no conteúdo do Pacto de San José da Costa Rica, não mais se autoriza a prisão civil sob tal fundamento" (MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 639). Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto sintetizam a questão da prisão civil por dívida no Brasil: "A consideração dos tratados internacionais sobre direitos humanos foi decisiva, por exemplo, para a alteração da posição do STF a propósito da validade da prisão do depositário infiel, vedada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O texto constitucional brasileiro alude a essa hipótese de prisão, ao determinar que 'não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do *depositário infiel*'. O preceito poderia ser interpretado de duas formas diferentes: como a imposição dessa modalidade de prisão, hipótese em que haveria atrito com a Convenção Interamericana; ou como a sua não vedação. Nesse último caso, inexistiria a colisão, pois se entenderia que a Constituição deixara ao legislador infraconstitucional a faculdade de estabelecer ou não a prisão do depositário infiel. Foi essa a interpretação adotada pelo STF, que evitou o surgimento de conflito entre a Constituição e o tratado internacional. Para a Corte, estando o Pacto de San José da Costa Rica acima da legislação infraconstitucional, a proibição por ele imposta à prisão em questão prevaleceria em relação a qualquer decisão do legislador em sentido contrário" (SOUZA NETO; SARMENTO. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho, p. 452).

A última cuida apenas das detenções previstas no §1º, C, do mesmo artigo.[126] Quanto à primeira, dispõe sobre o assunto em termos mais largos, exigindo que toda pessoa detida seja levada à presença do juiz, sem nenhuma exceção.

Os dois instrumentos reconhecem, também, como direito de todo acusado, ser julgado sem demora injustificada ou aguardar o julgamento em liberdade.

c) Direito de recorrer

O recurso deve ser decidido em "curto prazo", segundo a CEDH, e "sem demora", nos termos do CADH.[127] Esta cuida, ainda, da possibilidade de interposição de recurso nas circunstâncias de privação (ou ameaça de) ilegal da liberdade. Interessante é a disposição segundo a qual qualquer pessoa pode interpor o referido recurso, não necessariamente aquela implicada na situação. Todos esses aspectos chegam a delinear a arquitetura do *habeas corpus*, recurso originário da experiência jurídica inglesa.[128]

d) Direito de obter uma reparação em caso de detenção arbitrária

Segundo Karel Vasak, a reparação autorizada pelo art. 5º, §5º, do Pacto Europeu somente ocorrerá no caso de privação da liberdade que não satisfaça às condições estabelecidas no art. 5º:

> Será assim, por exemplo, quando a privação da liberdade não entra em nenhum dos seis casos limitativos enumerados, ou quando o detido não foi julgado por prazo razoável. Uma pessoa mantida em prisão preventiva e liberada em seguida não será indenizada senão no caso em que a duração de sua detenção foi julgada excessiva em comparação às acusações que pesavam sobre ela.[129]

Esse direito não é previsto pela CADH.

e) Direito de reparação em caso de condenação ou erro judiciário

Em compensação, esta Convenção (CADH) prevê, nos termos do art. 10, indenização em caso de condenação fundada em erro judicial. O Tratado Europeu não trata da matéria.

f) Direitos relativos ao regime penitenciário

As garantias relativas ao regime penitenciário são asseguradas unicamente pelo Pacto Americano: direito a tratamento digno (art. 5º, §2º), separação dos detidos preventivamente dos condenados (art. 5º, §4º), separação do menor dos adultos (art. 5º, §5º) e à finalidade educativa da pena (art. 5º, §6º).

---

[126] Isto é, aquelas detenções decretadas para levar o detido à autoridade judiciária. Não se refere, então, aos demais casos de privação de liberdade previstos pelo §1º do art. 5º (detenção por insubmissão a ordem judicial; detenção de menor; de doente portador de doença contagiosa; de doente mental, alcoólatra, toxicômano, entre outros).

[127] Art. 5º, §4º da CEDH e art. 7º, §6º, da CADH.

[128] PONTES DE MIRANDA. *História e prática do* habeas corpus: direito constitucional e processual comparado.

[129] VASAK. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, p. 26. Conforme decisão de 03.06.1960 relativa ao pedido nº 653/1959. Também decisão de 19.12.1961 relativa ao pedido nº 920/1960. *Recueil*, n. 8, p. 46.

3.3.3.2.3 Direito a uma boa administração da justiça

a) Direitos garantidos a toda pessoa

a.1) Direito a um recurso efetivo

Este direito é previsto em ambas as Convenções (arts. 13 da CEDH e 25 da CADH), embora de modo distinto. Na sistemática europeia, há uma ligação estreita entre os direitos protegidos pela Convenção e a efetividade do recurso.[130] No sistema interamericano, o recurso tem por função garantir não apenas os direitos reconhecidos pelo Pacto Americano, mas também os contemplados nas Constituições ou no direito infraconstitucional interno dos Estados contratantes Por outro lado, além da efetividade, a Convenção de 1969 exige que o recurso seja simples e rápido. Diante disso, no âmbito da OEA, o recurso referido deixa de constituir mero mecanismo assecuratório da Convenção para se transformar em garantia instrumental de todos os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos países-partes.

a.2) Direito a um processo equitativo

Nos termos do art. 8º, §1º, da CADH,

> [...] toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Esta disposição não se aparta radicalmente do estabelecido no art. 6º, §1º do Documento Europeu, segundo o qual "qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um Tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]".

b) Direitos garantidos a todo acusado

b.1) Tipicidade dos delitos e das penas

Talvez o mais importante dos direitos tratados sob a rubrica "direitos garantidos a todo acusado" seja o relativo à legalidade em matéria penal. Neste campo, mais uma vez, as concepções que informam ambas as Convenções não são coincidentes. Não obstante, adotam um mesmo princípio inicial: (i) não há crime, ou infração penal, sem lei que anteriormente tenha definido tal ação ou omissão como tal (arts. 7º, §1º, da CEDH e 9º da CADH) e (ii) não pode ser aplicada pena maior que aquela prevista em lei no momento da ação ou omissão qualificada como delituosa (arts. 7º, §2º, da CEDH e 9º CADH).

A diferença aparece em função do direito à retroatividade da lei penal mais favorável. Segundo o Pacto Americano, a pena posterior mais leve, cominada para a infração, retroage em benefício do réu. Esse princípio não é mencionado no congênere europeu.

Radicaliza-se a diferença anunciada diante das concepções de legalidade penal que presidem as formulações dos dois documentos. Segundo a Convenção Americana, só há infração penal quando, no momento da ação ou omissão, estas eram tipificadas

[130] De fato, a Convenção exige um recurso efetivo frente às instâncias nacionais, tendo em vista unicamente os direitos por ela garantidos. Sobre este ponto: VASAK. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, p. 27-29.

pela *lei*. O mesmo não ocorre no Tratado Europeu, nos termos do qual é admissível "o julgamento e a punição de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, quando cometida, constituía crime diante dos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*".[131]

Este dispositivo legitima a ação do Tribunal de Nuremberg após a Segunda Grande Guerra. Entretanto, a elasticidade inerente à noção utilizada não deixa de carregar certo perigo para os direitos humanos. O Texto americano, posterior ao Europeu, não quis seguir a mesma filosofia.

b.2) Outros direitos e garantias

Podem ser identificados vários direitos comuns a ambos os Tratados: (i) presunção de inocência (artigos 6º, §1º, da CEDH e 8º, §2º, da CADH), (ii) direito de ser informado sobre a natureza da acusação (artigos 8º, §3º, da CEDH e 8º, §2º, "b", da CADH), (iii) direito de dispor do tempo e facilidades necessárias à preparação da defesa (artigos 6º, §3º, "b", da CEDH e 8º, §2º, "c", da CADH), (iv) direito de defesa, compreendendo a defesa técnica, inclusive proporcionada por advogado dativo, sendo o caso (artigos 6º, §3º, "c", da CEDH e 8º, §2º, "d", e "e", da CADH), (v) direito de se fazer assistir, gratuitamente, por um intérprete, sendo necessário (artigos 6º, §3º, "e", da CEDH e 8º, §2º, "a", da CADH) e (vi) direito de obter a convocação de testemunhas (artigos 6º, §3º, "d", da CEDH e 8º, §2º, "f", da CADH).

Outros direitos são contemplados apenas na Convenção Americana: (i) direito de se comunicar livremente com o defensor, sem testemunha (art. 8º, §2º, "d"), (ii) direito do acusado não ser obrigado a se declarar culpado (art. 8º, §2º, "g"), (iii) direito de interpor recurso junto a tribunal superior (art. 8º, §2º, "h"), (iv) interdição de *bis in idem* em matéria penal (art. 8º, §4º) e (v) garantia relativa à publicidade do processo penal (salvo exceções no interesse da justiça) (art. 8º, §5º).

Ao lado dos direitos acima referidos, todos de natureza penal, pode ser citado um último, previsto no Pacto Americano. Trata-se da garantia de individualização da pena (art. 5º, §3º, da CADH).

3.3.3.3 Proteção da intimidade

3.3.3.3.1 Princípio

Os dois Pactos garantem, de forma análoga, o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e ao sigilo da correspondência. O art. 11, §2º, do Tratado Americano dispõe que "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na vida de sua família, no seu domicílio ou em sua correspondência [...]". A Convenção Europeia trata da questão em termos positivos: "toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência".[132]

3.3.3.3.2 Delimitação do conteúdo protegido

Como se pode verificar, a proteção da intimidade pode se desdobrar em dois domínios jurídicos protegidos. O primeiro, relativo à vida familiar (respeito da vida

[131] Art. 7º, §2º, da CEDH.

[132] Art. 8º, §1º, da CEDH.

familiar), e o segundo, relativo à proteção da vida privada (proteção do domicílio e da correspondência).

A terceira dimensão da proteção da intimidade é assegurada pelo direito de casamento e de instituição de uma família, anunciado pelos arts. 12 e 17 das Convenções, respectivamente, Europeia e Americana. O alcance dos dois artigos parece ser o mesmo. Cumpre verificar, entretanto, se o mesmo pode ser dito dos dois domínios citados no parágrafo anterior.

Dois elementos são reveladores da extensão da garantia, em cada documento. O primeiro informa quem é titular da obrigação de respeitar a intimidade do ser humano. O segundo delimita os casos em que os direitos derivados da proteção à intimidade podem sofrer restrição e quem pode operar tais restrições.

Quanto à primeira questão, as duas Convenções identificam-se. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da vida privada, familiar e do seu domicílio, incluído o sigilo da correspondência. O direito é oponível *erga omnes*: toda e qualquer pessoa é titular da obrigação negativa vinculada ao direito. A afirmação, entretanto, desafia algum refinamento. É que os particulares não são responsáveis diretos diante das Convenções.[133] Diante disso, esse direito não é, via Convenção, diretamente oponível a particulares. Mas o é contra o Estado, que desempenha duas funções em face da Convenção. A primeira voltada para a organização dos meios de proteção no âmbito interno, punindo as ações ilegais dos particulares; a segunda referida à obrigação de prestação negativa, ou seja, ao dever de abstenção em face da intimidade de seus cidadãos.[134]

Em relação ao segundo elemento (ou, antes, questão) a Convenção Europeia é mais precisa. A redação do artigo parece indicar que são permitidas apenas ingerências da autoridade pública. O Acordo Americano silencia a respeito. Nos dois casos, porém, as ingerências devem se dar apenas em casos justificados. Mais uma vez, aqui, o instrumento europeu é mais preciso. A autoridade pública não pode restringir o exercício, por qualquer pessoa, dos direitos relativos à proteção da vida privada, senão quando autorizada pela lei. Porém, o campo de discricionariedade do Legislador não é absoluto. A atividade do Poder Público deve se circunscrever às medidas admitidas numa sociedade democrática (o que diminui a intensidade da ingerência) e apenas com o objetivo de perseguir uma das seguintes finalidades: (i) segurança nacional, (ii) segurança pública, (iii) bem-estar econômico do país, (iv) defesa da ordem, (v) prevenção de infrações penais, (vi) proteção da saúde ou da moral e (vii) proteção dos direitos e liberdades de terceiros.[135]

Já o Tratado Americano limita-se a vedar "ingerências arbitrárias ou abusivas". A redação adotada, em virtude de seu nível de abstração, permite a concomitância de interpretações diferentes. Entretanto, o art. 11, §3º, reclama a proteção, pela lei, dos direitos relativos à vida privada, incluída a familiar. Parece que, no Texto da OEA, o caráter arbitrário da ingerência poderá ser definido em função de sua legalidade ou ilegalidade. Por sua vez, o caráter abusivo poderá ser medido pela intensidade da ingerência estatal. Exige-se que a ingerência seja razoável ou que não ultrapasse os padrões de razoabilidade. Esta interpretação encontra seu fundamento na disjunção

---

[133] Como demonstra Marc-André Eissen, a Convenção Europeia (e este é também o caso da Americana) impõe obrigações aos Estados e aos particulares. O problema é que não prevê nenhuma sanção internacional direta à inobservância daquelas obrigações pelos indivíduos (La Convention et les Devoirs de l'individu. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, p. 167-194).

[134] Isto é, em face da vida privada e familiar dos seus cidadãos.

[135] Art. 8º, §2º.

"ou" que acompanha, segundo a redação do §2º do art. 11, os significantes "arbitrária" (ou) "abusiva".[136] Diante do exposto, a ação estatal deverá ser legal (nada de arbitrariedade) e, mais do que isso, razoável (não abusiva). Se esta for a interpretação adotada pela Comissão e Corte de Direitos Humanos, então a proteção acordada pelo Tratado Americano se aproximará daquela oferecida, na mesma área, pela Convenção Europeia.

3.3.3.4 Proteção da atividade intelectual

A liberdade da atividade intelectual é assegurada pelo art. 9º do Tratado Europeu e pelos arts. 12 e 13 do Tratado Americano. Referido direito pode ser visto sob três ângulos. O primeiro ângulo está ligado à liberdade de pensamento, consciência e religião; o segundo reporta-se à liberdade de expressão, e o terceiro, à liberdade dos pais quanto à educação dos filhos.[137]

Desde o primeiro ângulo, uma comparação entre as Convenções permitirá notar que os direitos concernentes à atividade intelectual assumem, nas duas, igual alcance. Esses direitos referem-se à liberdade de religião (ou crença), assim como à liberdade de pensamento. O segundo ângulo anunciado exige mais atenção.

Em relação ao terceiro aspecto referido, as Convenções orientam-se, também, no mesmo sentido. Tanto em um caso como no outro, os pais poderão exigir, para os filhos, educação religiosa e moral conforme suas próprias convicções. A única diferença é que tal direito é expressamente assegurado, igualmente, nas Américas, aos tutores. O Tratado Europeu silencia[138] a respeito.

3.3.3.4.1 Liberdade de manifestação e expressão

a) Liberdade de manifestação religiosa

A liberdade de religião é protegida nos dois Pactos.[139] Sob o prisma das restrições, o art. 12, §3º, do Pacto Interamericano limitou-se a adaptar o art. 9º, §2º, do Tratado Europeu. Segundo este, a referida liberdade não impede a adoção de restrições ao seu exercício, sempre previstas pela lei. A autorização para a adoção de restrições vem temperada com a cláusula democrática, de forma que a competência do Legislador deve ser interpretada no contexto de uma sociedade democrática. Além desta limitação, outras se impõem, desta vez cuidando da finalidade das restrições (assegurar as situações previstas no final do §2º do art. 9º). A Convenção Americana silencia quanto a isto, embora a democracia também nela esteja pressuposta. Esta é a única diferença entre os Acordos neste particular.

b) Liberdade de manifestação e expressão do pensamento

b.1) Princípio

Há diferenças entre o art. 13 do Tratado Americano e o art. 10 do Europeu. O primeiro protege os direitos de "procurar", "receber" e "divulgar" informação, enquanto

---

[136] Conforme a diferença de sentido: "arbitrária e abusiva"; "arbitrária ou abusiva". A segunda fórmula favorece uma proteção mais precisa do direito à intimidade.

[137] Art. 2º do Pacto Adicional à Convenção Europeia. Art. 12, §4º, da Convenção Americana.

[138] De qualquer modo, uma interpretação extensiva do art. 2º do Protocolo Adicional seria suficiente para incluir os tutores no universo de significação compreendido pelo termo "pais".

[139] Art. 9º, §1º, da CEDH e art. 12, §1º, da CADH.

o Europeu reporta-se apenas aos direitos de "receber e divulgar" informações.[140] Por outro lado, a generalidade com a qual este Pacto tratou de tal liberdade e a maneira exemplificativa mediante a qual o Tratado Americano relacionou os meios de seu exercício autorizam afirmar que, tanto na Europa como no contexto da OEA, esse direito pode se exteriorizar de várias formas.

b.2) Restrições admitidas pela CEDH

A Convenção Europeia proíbe a "ingerência das autoridades públicas" no exercício da liberdade de expressão do pensamento e opinião. Não obstante, admite que as empresas de radiodifusão, cinema e televisão possam ser submetidas a um regime de autorização imposto pelos Estados-Partes. O exercício da liberdade pode ainda ser submetido a "certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei", sempre, na forma do §2º do art. 10. Estas medidas concedem um campo considerável de ação discricionária aos poderes públicos dos Estados contratantes.

b.3) Restrições admitidas pela CADH

A proteção outorgada por este Pacto é mais extensa. Com efeito, não admite censura prévia, a não ser nos casos dos espetáculos públicos, desde que prevista pela lei e unicamente em função da proteção da moral das crianças e dos adolescentes.[141] A liberdade de expressão pode ser submetida a um regime de responsabilidade, desde que fixado por lei,[142] visando, unicamente, ao "respeito dos direitos e a reputação dos outros" e "à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas".[143]

Garantia importante é a proibição da restrição indireta da liberdade, seja por meio de monopólio público ou privado dos meios necessários ao seu exercício, seja por outro veículo qualquer.[144]

Outra restrição à liberdade de expressão que, na verdade, funciona como verdadeira garantia foi regulada pelo Pacto das Nações Unidas para autorizar a proibição, pela lei, de "toda propaganda em favor da guerra, ou todo apelo ao ódio nacional, racial ou religioso que constituem incitações à violência [...]".[145] Esta restrição à livre manifestação do pensamento é exigida em favor da realização da paz.

c) Direito de retificação ou de resposta

Para assegurar a liberdade de expressão, o Pacto Americano não se limita a proibir os monopólios e a censura prévia e mesmo a restringir a interferência injustificada do Poder Público. Vai mais adiante, contemplando, inclusive, os direitos de retificação e de resposta, ignorados pelo Tratado Europeu. O art. 14 daquele instrumento serve não apenas para assegurar a liberdade em análise, mas também para garantir os direitos à honra e à reputação. Os direitos em questão reclamam a publicação de retificação ou da resposta pelo órgão responsável pela ofensa ou pelo erro na informação.

---

[140] A liberdade de "procurar" informações dá uma amplitude ao exercício do direito de expressão de pensamento não admitida pelo documento europeu.

[141] Art. 13, §4º, da CADH.

[142] Art. 13, §2º, da CADH.

[143] Art. 13, §2º, "a" e "b", da CADH.

[144] Art. 13, §3º, da CADH.

[145] Art. 13, §5º, da CADH.

Diante dos dados estudados, a proteção da liberdade de expressão do pensamento parece ser mais ampla e sensivelmente mais significativa no território regulado pelo Pacto Americano.

3.3.3.5 Proteção da atividade social e política

Cumpre, nesta altura, chamar a atenção para a garantia dos direitos de reunião e associação e dos direitos políticos propriamente ditos.

3.3.3.5.1 Direitos de reunião e de associação

Os direitos de reunião e de associação estão previstos nos arts. 11 da Convenção Europeia e 15 e 16 do Pacto Interamericano. Em ambos, as restrições admitidas são as previstas em lei, mas desde que constituam medidas necessárias em uma sociedade democrática, "à segurança nacional, à segurança pública, à proteção da saúde ou da moral — o Tratado Americano menciona ainda saúde e moralidade públicas — ou à proteção dos direitos e liberdades dos outros". Seguindo a redação oferecida por artigo análogo do Pacto das Nações Unidas, a Convenção Americana refere-se ainda à "ordem pública", enquanto o Tratado Europeu prefere a expressão "defesa da ordem e prevenção do crime". A distinção não é significativa.

Outra vez acompanhando o Pacto da ONU, a Convenção Americana tolera a adoção de "restrições legais" ao exercício desses direitos para os membros das forças armadas e da polícia. O Tratado Europeu autoriza restrições igualmente (além das forças armadas e da polícia) aplicáveis aos funcionários da administração do Estado, desde que "legítimas". Parece que os direitos de reunião e de associação encontram-se melhor protegidos na Convenção Americana. Num aspecto, entretanto, a afirmação pode não ser verdadeira. O documento interamericano não se refere expressamente — como o europeu — à liberdade sindical como uma das modalidades de exercício da liberdade de associação. Preferiu falar em "associações de fins econômicos, profissionais [...]", o que pode compreender, ou não, a liberdade sindical. A questão tem importância considerável. Se o art. 16 compreende a liberdade sindical, então, esta liberdade encontrará proteção mais eficaz aqui do que no art. 26, relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais. De qualquer modo, esta questão ficou, em parte, superada com a aprovação do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

3.3.3.5.2 Direitos políticos propriamente ditos

a) Tratado Europeu

No âmbito do Conselho da Europa, os direitos políticos são regulados pelo art. 3º do Protocolo Adicional. Segundo o referido artigo, as partes contratantes se comprometem a organizar, em intervalos razoáveis, eleições livres em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo sobre a escolha do corpo legislativo.

Interessante notar a timidez com a qual o Pacto Europeu reconhece direitos que representam um dos pilares de sustentação dos regimes políticos consagrados na Europa ocidental, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial. Os direitos políticos limitam-se à expressão (por meio do voto, em intervalos razoáveis) da opinião popular sobre a escolha, não de todos os governantes, mas apenas dos membros do Poder Legislativo (muitos Estados europeus adotam o regime parlamentar, constituindo também

monarquias ou repúblicas com Presidentes eleitos de modo indireto). A Convenção não concede um verdadeiro direito subjetivo de voto, como pretendem alguns. O direito tem como contrapartida apenas a obrigação de os Estados tomarem medidas de direito interno necessárias à sua concretização de tempos em tempos (normas de organização e procedimento). Essa interpretação, como lembra Vasak, foi adotada pela Comissão por ocasião de decisão prolatada no pedido (*requête*) nº 1.065/1961.[146] Segundo a decisão, por meio do art. 3º do Protocolo Adicional, os Estados contratantes não "reconhecem a toda pessoa o direito de participar das eleições", ou seja, "o direito de voto não é, enquanto tal, consagrado pelo art. 3º como a Comissão já constatou, em sua decisão de 04 de janeiro de 1960, sobre a admissibilidade do pedido nº 530/1959". Diante disso, "os Estados contratantes podem excluir do escrutínio certas categorias de cidadãos, por exemplo, aqueles que residem além-mar, pelo tempo que esta exclusão não impeça a livre expressão do povo sobre a escolha do corpo legislativo [...]".[147]

b) Tratado Americano

Este instrumento internacional, no art. 23, concede a todos os cidadãos verdadeiros direitos subjetivos oponíveis ao Estado, envolvendo (i) a participação na "direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos", (ii) a possibilidade "de eleger ou de ser eleito através de consultas periódicas e autênticas, segundo o sufrágio universal e igual, e por escrutínio secreto, garantindo a livre expressão da vontade dos eleitores" e, finalmente, (iii) a possibilidade de "aceder, em igualdade de condições gerais, às funções públicas de seu país".

A CADH prevê a regulamentação desses direitos por meio de lei. Entretanto, a lei somente pode restringi-los em função de idade, nacionalidade, residência, língua, capacidade de ler e escrever, capacidade civil ou mental, ou no caso de condenação penal por juiz competente.[148]

Como se pode perceber, os direitos políticos no continente americano assumem uma significação que o Tratado Europeu, tributário de iniciativas sempre cautelosas, está longe de conceder. Com efeito, a CADH reconhece direitos não consagrados pelo Tratado do Conselho da Europa. Quanto ao direito à realização de eleições periódicas, os dois textos acompanham filosofias radicalmente distintas. Bastam três exemplos: (i) a CADH exige que o sufrágio seja universal e igual, já a CEDH cuida do tema de modo menos preciso; (ii) a CADH não admite discriminação, quanto ao voto, por motivo de sexo, enquanto a CEDH silencia a respeito; por fim, (iii) as eleições, segundo a CADH, não se limitam à composição do corpo legislativo (inclusive porque nas Américas, em geral, os Estados constituem repúblicas presidencialistas), enquanto este é o caso da garantia proclamada pela CEDH.

Conclui-se que a atividade política é protegida com mais intensidade no âmbito da Organização dos Estados Americanos. A Convenção, neste particular, demonstra que quer desempenhar uma função pedagógica (e, portanto, política) nas Américas, traduzindo-se como obstáculo à ressurgência dos regimes autoritários que, desgraçadamente, com tanta frequência se manifestam na América Latina.

---

[146] Decisão de 30 de maio de 1961. *Annuaire*, IV, p. 261.

[147] Decisão de 30 de maio de 1961. *Annuaire*, IV, p. 261. No mesmo sentido ver os seguintes casos: SITAROPOULOS AND GIAKOUMOPOULOS v. GREECE, Application n. 42.202/2007, julgado em 15 de março de 2012; CASE OF SCOPPOLA v. ITALY (Nº 3), Application n. 126/2005, julgado em 22 de maio de 2012.

[148] Art. 23, §2º.

3.3.3.6 Proteção da propriedade privada

Os dois Pactos reconhecem o direito de toda pessoa ao respeito (art. 1º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia) ou à fruição e posse (art. 21 da Convenção Americana) de seus bens. O documento americano admite que a lei possa subordiná-lo ao interesse social. A possibilidade de restrição é mais ampla no contexto do Conselho da Europa. Aqui, as restrições podem ser adotadas em função do "interesse geral", assim como para assegurar o pagamento de impostos ou de outras contribuições ou multas. Perceba-se que a noção de "interesse geral" é sensivelmente mais ampla que a de "interesse social".

A possibilidade de privação do direito de propriedade é admitida, em certos casos, por ambos os documentos. Enquanto o Pacto Europeu exige que o procedimento expropriatório se opere em função de "utilidade pública" e nas "condições previstas em lei ou pelos princípios gerais de direito internacional", o Americano reporta-se às noções de "interesse público" e de "interesse social", mas sempre nos "casos e segundo as formas previstas em lei".

Uma última questão vincula-se ao tópico "princípios gerais de direito internacional". Esta referência estaria relacionada com os limites da intervenção estatal na propriedade de particulares? Parece que sim, já que "os princípios gerais de direito internacional" referidos pela Convenção Europeia identificam-se com as regras estabelecidas pelo Direito Internacional para, em geral, interditar o confisco de bens de estrangeiros. Substanciam, pois, garantias aos estrangeiros (quanto à indenização pela privação de bens) que podem não estar previstas de modo satisfatório nas leis nacionais. Conclui-se, pois, que neste particular o documento europeu é mais completo que o americano.

3.3.3.7 Proteção da liberdade de locomoção e residência

3.3.3.7.1 Princípio

Esta esfera da liberdade é garantida pelos arts. 1º, 2º, 3º e 4º do quarto Protocolo Adicional à Convenção Europeia e pelo art. 22 da Convenção Americana. Nas duas situações, de modo muito próximo,[149] assegura-se a toda pessoa que se encontre regularmente no território de um Estado o direito de circular livremente e de escolher o local de sua residência. Reconhece-se ainda a qualquer pessoa o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu.

Esses direitos podem ser submetidos a certas restrições. Tanto na Convenção Europeia como na Americana, as restrições devem ser previstas em lei e satisfazer determinadas condições que, semelhantes (salvo diferenças menores)[150] nos dois instrumentos, dizem respeito às medidas necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde e a moralidade públicas, os direitos e liberdades de terceiros, bem como a prevenção das infrações penais. Permite-se, ainda, na Europa e na América, que as liberdades de locomoção e residência sejam objeto, em certas zonas determinadas, de outras restrições definidas em lei e "justificadas pelo interesse público".[151]

---

[149] O art. 2º do quarto Protocolo Adicional dispõe que: "Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence". A fórmula adotada pela Convenção Americana é a seguinte: "Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y résider en confomité des lois régissant la matière".

[150] O texto europeu fala em "saúde e moral", enquanto a Convenção Americana prefere utilizar a expressão "moralidade e saúde públicas".

[151] Art. 2º, §4º, da CEDH e art. 22, §4º da CADH.

Por outro lado, os tratados dispõem que ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado do qual é jurisdicionado.

3.3.3.7.2 Expulsões

A CEDH especifica que "ninguém pode ser expulso, por via de medida individual ou coletiva, do território do Estado do qual é jurisdicionado".[152] Esta proibição também alcança os estrangeiros quanto às expulsões coletivas.[153] A CADH também prevê idênticas garantias; entretanto, as reveste de alcance maior, eis que o estrangeiro não poderá ser expulso senão em virtude de decisão conforme a lei.[154] O Tratado do Conselho da Europa silencia quanto a isto. Garantia igualmente ausente no Pacto Europeu é a de que o estrangeiro não poderá ser enviado a outro país, seja o seu ou não, caso "seu direito à vida ou à liberdade individual corra risco de se fazer objeto de violação em razão de sua raça, de sua nacionalidade, de sua religião, de sua condição social ou em razão de suas opiniões políticas".[155]

Finalmente, uma terceira garantia, ausente no Tratado Europeu, refere-se ao direito de asilo,[156] tão caro ao continente americano.

3.4 Conclusão

Como concluir? Os trabalhos de direito comparado geralmente terminam com um balanço final que sintetiza a exposição dos temas investigados. Aqui, não é o caso de proceder desta forma. Afinal, depois de cada domínio jurídico investigado, seguiu-se uma conclusão parcial apontando o alcance deste ou daquele domínio em cada Convenção. O balanço, portanto, embora parcial, já foi realizado. Por outro lado, num trabalho que se apresenta como uma simples introdução (ao estudo comparado dos direitos protegidos nas Convenções Americana e Europeia), não há lugar para um balanço definitivo.

Um manifesto, talvez, possa tomar o lugar da conclusão. Um manifesto reclamando um compromisso dos governantes, operadores jurídicos, professores e cidadãos brasileiros com os direitos plasmados na Convenção Americana. A iniciativa é necessária para trazer ao continente americano o mesmo prestígio que a Convenção Europeia alcançou ao longo das últimas décadas. Isso implica uma forma de atuar amiga dos direitos humanos. Não se pede o impossível. Afinal, nas Américas, particularmente na América Latina, experimenta-se um esforço contínuo visando consolidar a democracia, o Estado de Direito e a vida constitucional. Ora, o respeito aos direitos humanos substancia condição necessária para a consolidação referida.

Cumpre, portanto, exigir que o Brasil, diante das responsabilidades que possui aos olhos da comunidade internacional, exercendo mesmo uma influência benfazeja no continente americano ao sul do Rio Grande, torne efetiva, no âmbito interno, a Convenção (CADH) à qual aderiu. O papel do Judiciário, neste processo, particularmente do

---

[152] Art. 3º, §1º, do quarto Protocolo Adicional.

[153] Art. 4º, do quarto Protocolo Adicional.

[154] Art. 22, §6º.

[155] Art. 22, §8º.

[156] Art. 22, §7º. Sobre o direito de asilo ver: BARRETO (Org.). *Refúgio no Brasil*: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas; JUBILUT. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*; CHUEIRI; CÂMARA. Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. *Direito, Estado e sociedade*, p. 158-177.

Supremo Tribunal Federal, embora não suficiente, porque todos os Poderes do Estado e a própria sociedade estão implicados, deve ser realçado, envolvendo, entretanto, uma mudança de postura, para adotar agora, para a melhor realização dos direitos humanos, modo de agir não refratário ao necessário diálogo com a jurisprudência da Corte de São José da Costa Rica.[157]

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibiles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. *In*: VÁZQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral*. Barcelona: Gedisa, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo, 1933. v. 2.

BARBOSA, Rui. *República*: teoria e prática. Petrópolis: Vozes, 1978.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil*: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR; Ministério da Justiça, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BAUER, Carlos Garcia. La convención americana sobre derechos humanos. *In*: ESTUDIOS de derecho internacional: homenaje al Professor Miaja de la Muela. Madrid: Tecnos, 1979.

BAZÁN, Víctor. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales Latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Valência, n. 16, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Internacionalização dos direitos do homem*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

BRAECICMAN, Colette. L'Afrique du Sud au toumant. *Le Soir*, 12 juin 1985.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito internacional e direito interno*: sua interação na proteção dos direitos humanos: instrumentos internacional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: Ed. UnB, 1997.

[157] SOUZA NETO; SARMENTO. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho, p. 450-455; CONCI. *Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*; SILVA. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY; PIOVESAN; ANTONIAZZI (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, p. 515-530 e MAZZUOLI. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948 por ocasião de seu quadragésimo aniversário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 99, p. 9-18, jul./set. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CHUEIRI, Vera Karam; CÂMARA, Heloisa Fernandes. Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. *Direito, Estado e sociedade*, v. 36, p. 158-177, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 3, n. 4, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*. Tese (Doutorado em Direito)–Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade no sistema interamericano de diretos humanos e o princípio 'pro homine'. *In*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; POZZOLO, Calogero. *Direito constitucional transnacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISSEN, Marc-André. Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg. Paris: Dalloz, 1961.

EISSEN, Marc-André. La Convention et les Devoirs de l'individu. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg. Paris: Dalloz, 1961.

ESPIELL, Hector Gros. *Le système interaméricain comme système régional de protection international des droits de l'homme*. Leyde: A. Sijthoff, 1976. t. II - Recueil des Cours de L'Académie de Droit International.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HERAUD, Guy. Les droits garantis par la convention: la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg. Paris: Dalloz, 1961.

HERRERA, Orlando Mejía. El diálogo entre tribunales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como fuente de inspiración para los tribunales de los sistemas de integración latinoamericanos. *Boletín Electrónico sobre Integración Regional del Cipei*. Nicaragua, v. 1, p. 14-34, mayo, 2011.

HEUMANN, M. Les Droits Garantis par la Convention Européenne des droits de l'homme: Etude des limitations de ces droits. *In*: ANNALES de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg. Paris: Dalloz, 1961.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton, 1999.

HUBERLANT, Charles. *Notes du cours de contentieux administratif*. Belgique: Faculté de Droit, Université Catholique de Louvain, 1984.

JUBILUT, Liliana Lira. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais*: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARCUS-HELMONS, Silvio. *Notas de curso na disciplina de "Proteção Internacional dos Direitos do Homem"*. Louvain: Faculté de Droit de l' Université Catholique de Louvain, Belgique, 1985.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, Jan de. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*. Bruxelles: Éditions UGA Heule, 1968.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NINO, Carlos Santiago. Derecho, moral, política. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 13, p. 35-46, 1993.

PAULSON, Stanley. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 9. p. 173-187, 1991.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantias*. Madrid: Trotta, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do* habeas corpus: direito constitucional e processual comparado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

POULANTZAS, Nicos. Hegemonía y dominación en el Estado moderno. *Cuadernos de Pasado y Presente*, 1968.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Paris: PUF, 1973. v. 1 - Les droits de l'Homme. (Thémis, Droit).

SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Maria Paula Alves de. *Integração dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico*: uma análise em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Tese (Doutorado em Direito Internacional)–Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VASAK, Karel. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978.

VASAK, Karel. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.

O CIDADÃO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO[1]

4.1 Introdução

O significante cidadão deve ser tomado a partir de uma perspectiva ampla, não circunscrita ao universo das pessoas que, detendo direitos políticos, podem votar e ser votadas. O conteúdo do termo cidadão, nesse caso, identifica-se com o sujeito arquiteto da história pessoal ou da comunidade que integra. Sujeito ativo da cena política e provocador da mudança. Homem envolto nas relações que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, cidadão compreendido, a um tempo, como ser humano e sujeito político. O cidadão, afinal, é o agente reivindicante responsável, na linguagem de Lefort,[2] pela floração contínua de novos direitos.

4.2 Dados genéricos sobre a questão da cidadania

Nos Estados modernos a representação política é inevitável. O povo, detentor da vontade soberana, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume à possibilidade de manifestação, periódica, por ocasião das eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania exige a reformulação do conceito de democracia, até mesmo radicalizando tendência de longa data que consiste na adoção de técnicas democráticas de participação direta. Trata-se de somar a democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Logo, abre-se espaço para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território decisório estatal.

Existem novas formas de participação do cidadão na administração da coisa pública. A Constituição Federal de 1988 cuida de algumas delas.

---

[1] A primeira versão deste texto foi publicada na *Revista Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, n. 155, p. 13-24, 1990. Também houve publicação na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 106, p. 81-98, 1990. O trabalho deriva de Conferência realizada em Curitiba em 28.11.89, no Ciclo de Estudos sobre "A Administração Pública e a Constituição de 1988", promovido pelo Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFPR.

[2] LEFORT. *A invenção democrática*.

4.3 Formas de participação do cidadão na gestão da coisa pública

4.3.1 O cidadão eleitor

A República brasileira tradicionalmente organizou-se a partir do conceito de democracia representativa. A Constituição atual alterou o quadro. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei Fundamental, "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente...". O Constituinte, embora com cautela, adotou a democracia participativa. Todavia, o principal meio de controle dos cidadãos sobre o Estado opera-se através do exercício do direito de voto. O povo comparece às urnas para depositar a sua vontade (a vontade geral) nas mãos dos mandatários eleitos. Porém, não se pode esquecer que não é exatamente o povo que comparece perante as seções eleitorais, mas parcela dele, formada pelos detentores de direitos políticos.

Nos países emergentes, a democracia representativa e o direito de voto assumem uma dimensão paradoxal. O exercício do direito de voto é relevante, já que negado, muitas vezes na história pelas elites dominantes. Trata-se de uma verdadeira vitória a possibilidade de seu exercício em países que, por diversas razões históricas, recusaram-se a aceitá-lo em certos períodos. Mas, também, é insuficiente para controlar uma estrutura estatal herdeira de práticas autoritárias e pouco transparentes. Hoje, no Brasil, não obstante a natureza democrática do regime instituído pela Constituição, os direitos políticos, dentre os quais se insere o sufrágio, continuam a reclamar uma dimensão de educação cívica ainda distante da realidade da imensa maioria da população.

4.3.2 O cidadão agente do poder

Os cidadãos podem ser agentes do poder. Mas, para que o acesso ao poder se concretize, faz-se necessária a participação popular nos moldes previstos em lei. Nos termos do art. 37, I, da Constituição Federal, "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei".[3] O princípio da igualdade também plasmado no art. 39, §3º, estende aos servidores ocupantes de cargo público a regra do art. 7º, XXX ("proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil").[4] Na Constituição da República, excetuados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração e a hipótese de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX), a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou

---

[3] De acordo com a EC nº 19/1998.

[4] Embora a EC nº 19/1998 tenha excluído a expressa referência à *isonomia* constante na redação original do §1º do art. 37 da Constituição, obviamente a Administração Pública continua vinculada ao princípio, devendo observar os critérios inseridos no mesmo dispositivo constitucional. A redação original da Constituição dividia os servidores públicos em civis (art. 39) e militares (entre os quais os dos Estados e federais, das Forças Armadas, ambos no art. 42), disciplinando que somente aos primeiros se aplicaria o art. 7º, inc. XXX. Com a EC nº 18/1998, servidor público passou a ser denominação daqueles do âmbito civil, não mais os militares que tiveram tratamento constitucional dividido, restando aos militares dos Estados o disposto no art. 42 e aos das Forças Armadas o disposto no art. 142. Com a EC nº 19/1998, a extensão da incidência do art. 7º, inc. XXX passou aos "servidores ocupantes de cargo público", e não mais servidores públicos civis da administração direta. Foi a EC nº 18/1998 que suprimiu o mencionado §11 do art. 42 — que estendia alguns direitos do art. 7º aos militares (entre os quais não estava o disposto no inc. XXX) — e também retirou os militares das Forças Armadas do tratamento do art. 42. O disposto no suprimido §11 passou a ser o inc. VIII do §3º do art. 142, acrescentado pela EC nº 18/1998.

de provas e títulos de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (art. 37, II).[5]

Ressalvados certos casos particulares nos quais o cidadão é obrigado a prestar serviço em benefício da coletividade (o caso mais conhecido é o do serviço militar obrigatório — art. 143 da CF — ou do serviço alternativo aos que, em tempo de paz, depois de alistados, alegarem imperativo de consciência para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar ¾ art. 143, §1º), ele só assume a condição de agente do poder se com isso consentir.[6]

A nova Constituição, ao exigir o concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, democratizou o acesso dos brasileiros ao aparelho do Estado.

4.3.3 O cidadão colaborador (gestão privada de interesses públicos)

O cidadão pode colaborar com os Poderes Públicos para a satisfação das necessidades coletivas. Esta também é uma forma de participação. Como lembram Robert Andersen e Francis Haumont:

> Cette collaboration peut revêtir différentes formes. Dans certains cas, les pouvoirs publics s'atachent le concours — plus ou moins permanent — de personnes privées em vue d'assurer avecune efficacité accrue la satisfaction de certains besoins colletifs jugés à ce point essentiels que leur dispensation est érigée en services publics. Le citoyen participe alors directement et de maniére active au bon fonctionnement des services publics. L'exemple le plus classique et aussi le plus connu de cette forme de collaboration entre pouvoirs publics et particuliers est celui de la concession de service public, laquelle est, pour reprendre la définition de M. P. Orianne (La foi et la contrat dans les concessions de service public. Larcier, 1961, p. 84) "un contrat administratif par laquel les autorités publiques chargent temporairement un particulier de gérer un service public à ses frais, risques et périls, sous leur contrôle et selon les modalités qu'elles déterminent, moyennant une rémunération qu'il doit en príncipe recevoir à charge des usagers". Le service concédé demeure service public et le concédant reste simple particulier sauf lá oú exerçant des prérrogatives de puissance publique que l'autorité concédant lui a conférée dans l'intérêt même du fonctionnement du service, il acquiert la qualité d'autorité administrative.[7]

Essa forma de participação envolve diversas modalidades, entre elas os casos de delegação de serviço público a particulares. No Direito brasileiro, tal delegação pode

---

[5] De acordo com a EC nº 19/1998.

[6] Cabe referir, ainda, a participação do cidadão nos Tribunais do Júri. Também os serviços requisitados pela Justiça Eleitoral. Ambos assumem um caráter de compulsoriedade.

[7] "Essa colaboração pode revestir diferentes formas. Em certos casos, os Poderes Públicos unem-se ao concurso — mais ou menos permanente — de pessoas privadas com vistas a assegurar com uma eficácia aumentada a satisfação de algumas necessidades coletivas julgadas essenciais a tal ponto que sua dispensa é erigida em serviços públicos. O cidadão participa então diretamente e de maneira ativa no bom funcionamento dos serviços públicos. O exemplo mais clássico e também o mais conhecido dessa forma de colaboração entre Poderes Públicos e particulares é esse da concessão do serviço público, a qual é, para retomar a definição de M. P. Orianne (*La loi et la contrat dans les concessions de service public*, p. 84) 'um contrato administrativo pelo qual as autoridades públicas encarregam temporariamente um particular de gerir um serviço público às suas custas, riscos e perigos, sob seu controle e segundo as modalidades que elas determinam, mediante uma remuneração que ele deve em princípio receber a cargo dos usuários'. O serviço concedido persiste serviço público e o concessionário permanece simples particular exceto onde, exercendo as prerrogativas de Poder Público que a autoridade concedente lhe conferiu dentro do interesse mesmo do funcionamento do serviço, adquire a qualidade de autoridade administrativa" (ANDERSEN; HAUMONT. Belgique. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 40, tradução livre).

ser feita sob as modalidades de concessão,[8] permissão e autorização, resultando disso os serviços concedidos, permitidos e autorizados.[9] Os serviços concedidos são executados pelo particular mediante delegação do Poder Público concedente. Já "a permissão e a autorização constituem delegações por ato unilateral da Administração; aquela, com maior formalidade e estabilidade para o serviço; esta, com mais simplicidade e precariedade na execução".[10]

Mas a participação do cidadão como colaborador pode ocorrer ainda em outros casos. Não constituiria hipótese de colaboração e, pois, de participação, a subscrição pelo particular de ações de sociedade de economia mista? O exercício de funções ou cargos honoríficos? A participação em conselhos ou colegiados de órgãos públicos? O trabalho do cidadão ao lado da defesa civil nos casos de catástrofes e calamidades? A prática dos mutirões realizados em todo o país, para a construção de obras públicas ou de interesse público? A participação em audiências públicas?[11] A manifestação na fase

---

[8] A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, introduziu no Brasil uma modalidade especial de concessão chamada Parceria Público-Privada (PPP). O fator inovador é a participação da Administração Pública no empreendimento.

[9] MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 370.

[10] MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 388. A Constituição prevê que: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão", enquanto a Lei nº 8.987/1995 define a permissão da seguinte maneira: "IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco". Deve ser anotado que a doutrina teceu severas críticas tanto à redação do dispositivo constitucional, por levar a crer que a permissão de serviços públicos tenha adquirido natureza contratual, quanto ao disposto na Lei nº 8.987/1995, por dispor em seu art. 40 que a permissão será formalizada por "contrato de adesão"; em decorrência disto, observa-se acirrada disputa doutrinária a que se submete a definição da natureza do instituto da permissão, como expõe Marçal Justen Filho: "A disputa não comporta solução satisfatória. Haverá casos em que a permissão de serviço público será um ato administrativo unilateral. Em outras situações, terá natureza contratual. A definição dependerá da participação da vontade privada na formação do ato final, o que variará em função das circunstâncias e, mesmo, da disciplina legal pertinente" (*Curso de direito administrativo*, p. 779). Ainda, anota Celso Antônio Bandeira de Mello: "É diante deste quadro 'kafkiano' que se tem de enfrentar a questão de saber-se se, afinal, a permissão é ou não um ato precário e se pode ser cancelada sem que o permissionário faça jus a qualquer indenização, ou, pelo contrário, se se trata de um contrato, caso em que não poderá ser precário e o permissionário fará jus à indenização na hipótese de encerramento injustificável ou efetuado antes de findo o prazo contratual. [...] Dada a irremissível contradição existente no dispositivo *sub examine*, estamos em que a solução há de ser a que deriva da natureza do instituto; aquela que lhe é tradicionalmente reconhecida, isto é, a de ato unilateral e precário, significando este último qualificativo que, em sendo encerrada a permissão por decisão do permitente, não há direito à indenização" (*Curso de direito administrativo*, p. 774-775). Outra posição foi adotada por Lúcia Valle Figueiredo, a doutrinadora defende que a permissão não sofre da precariedade desde o marco regulatório da Constituição de 1988, pois esta teria promovido transformação no instituto, no sentido de equipará-lo à concessão de serviço púbico. Cf. FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*.

[11] Tratado no Direito Administrativo como princípio da participação popular, está previsto na Lei nº 9.784/1999, que versa sobre o processo administrativo: "Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. §1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. §2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas". Em sintonia com esta perspectiva se coloca a lição de Odete Medauar: "Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público. O processo administrativo

de consulta pelos Poderes Públicos a propósito de medidas que pretende tomar? Ou a experiência informal a respeito dos orçamentos participativos?[12]

O terceiro setor[13] é outra possibilidade de colaboração do cidadão com o Poder Público. Exemplo típico são as Organizações Sociais, disciplinadas na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, disciplinadas na Lei nº 9.970, de 23 de março de 1999.[14] As primeiras são "pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde" (art. 1º) que celebram um contrato de gestão com o Poder Público com vistas à formação de parceria com este para fomento e execução das atividades relativas às áreas anteriormente relacionadas (art. 5º). As OSCIPs são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, (art. 1º) que tenham por finalidade atividades de interesse público, tais como: promoção da assistência social, da cultura, da segurança alimentar, do voluntariado, do combate à pobreza, da cidadania, preservação do patrimônio histórico e artístico, do meio ambiente, promoção gratuita da educação ou da saúde, estudos e pesquisas que digam respeito às atividades mencionadas (art. 3º). A cooperação entre as OSCIPs e o Poder Público é firmada através de Termo de Parceria, regulamentado pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Para o cumprimento das tarefas do parceiro privado, o Poder Público pode destinar recursos orçamentários e bens públicos.

Quanto às parceiras com a Administração Pública, designadas como Parceria Público-Privada (PPP), as mesmas distinguem-se das concessões administrativas tradicionais constantes na Lei nº 8.987/1995 e tiveram tipificação própria com a Lei nº 11.079/2004. Nesta nova modalidade de concessão, há o compartilhamento de riscos,

---

instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e início do século XXI e a demanda de democracia na atuação administrativa" (*Direito administrativo moderno*, p. 169). Maria Sylvia Zanella Di Pietro recorda que: "A consulta pública não é prevista, nessa lei, como obrigatória para a Administração Pública, mas como faculdade a ser exercida, mediante despacho motivado, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral e desde que não cause prejuízo à parte interessada. [...] Além dessa lei, outras existem que preveem medidas semelhantes, a exemplo da Lei nº 8.666, de 21.06.93 (Lei de Licitações e Contratos), que exige, em caráter obrigatório, a realização de audiência pública na hipótese referida no artigo 39, que trata de contratos acima de determinado valor. Também as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras estão prevendo a realização de audiência pública; tal é o caso da Lei nº 9.478, de 06.08.97, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP) [...]" (*Direito administrativo*, p. 692-693). Cumpre lembrar, ainda, outras previsões legislativas sobre a participação popular através de audiências públicas, no processo legislativo, o disposto no art. 58, §2º, II da CF e, no âmbito da jurisdição constitucional, o art. 20, §1º da Lei nº 9.868/1999.

12 Sobre esta questão ver: AVRITZER; NAVARRO (Org.). *A inovação democrática no Brasil*: o orçamento participativo; SANTOS. Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. *In*: SANTOS (Org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa; AVRITZER. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. *In*: SANTOS (Org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa.

13 "[...] o terceiro setor é gerado imediatamente pela iniciativa de pessoas privadas e visa a atingir objetivos não necessariamente vinculados a determinada categoria profissional. No caso brasileiro não é o Estado que cria as OS e OSCIP, mas apenas estimula a sua criação (seja através de benefícios, seja através da propaganda oficial) e outorga tais títulos àqueles que se submetem a determinadas exigências legais. São pessoas jurídicas de Direito Privado instituídas e qualificadas com vistas ao exercício da solidariedade em favor de terceiros. Para tal fim e enquanto atuarem legitimamente, recebem benefícios públicos" (MOREIRA. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contratos de gestão: organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. *Revista de Direito Administrativo*, p. 311).

14 Sobre o assunto, conferir: MOREIRA NETO. Organizações sociais de colaboração. *Revista de Direito Administrativo*, p. 183-195; MODESTO. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, p. 195-213; FREITAS. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*; MOREIRA. Terceiro setor da Administração Pública; DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas; MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 304.

o estabelecimento de garantia das obrigações pecuniárias próprias do Poder Público e a composição de uma sociedade de propósito específico.[15]

Foram criados dois novos contratos de concessão, denominados concessão patrocinada e concessão administrativa; sobre o tema, expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Após a instituição do regime legal das parceiras público-privadas, embora a Constituição continue a falar em concessão apenas, tem-se que incluir sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais a *concessão patrocinada*, que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a regime jurídico um pouco diverso; com efeito, os serviços previstos no artigo 21, XI e XII, e no artigo 25, §2º, admitindo cobrança de tarifa dos usuários, podem ser prestados sob a forma de concessão de serviço público comum ou sob a forma de concessão patrocinada, a critério do Poder Público. Quanto ao artigo 175, a própria *concessão administrativa* tem que ser abrangida, no que couber, pela norma nele contida, uma vez que, embora de forma meio camuflada na lei, essa modalidade de concessão também poderá ter por objeto a prestação de serviços públicos.[16]

Ademais, o próprio disposto legal definiu a Parceria Público-Privada como a concessão exercida nas modalidades patrocinada ou administrativa (art. 2º da Lei nº 11.079/2004). Dessa maneira, a PPP se caracteriza por ser um contrato administrativo de concessão, que visa à execução de serviço público, com remuneração de tarifa paga por usuários, ou a prestação de serviço do qual a Administração é usuária direta ou indireta, de modo que, em ambos os casos, há contraprestação por parte do parceiro público.

4.3.4 O cidadão seduzido

Cabe referir aqui a realização conjunta — particular/cidadão e Estado — de finalidades públicas. É o caso do estímulo ao particular para a prática de atividades privadas de interesse coletivo. Estímulo que pode consistir em proteção, promoção, apoio, favorecimento ou auxílio às atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. A Constituição trata, por exemplo, do apoio ou estímulo: ao cooperativismo em geral; ao cooperativismo na atividade garimpeira e ao associativismo; às microempresas e empresas de pequeno porte — conforme dispõem os artigos 174, §§2º, 3º e 4º, e 179.[17]

Demonstram Andersen e Haumont[18] que, para responder às necessidades cada vez mais numerosas e diversificadas dos cidadãos, o Poder Público multiplicou os serviços públicos. Ao lado daqueles clássicos, apareceram os de natureza econômica, social e cultural, entre outros. Os modelos de gestão desses serviços são muitas vezes

---

15 MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 307.

16 DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 312. De acordo com Marçal Justen Filho: "A concessão patrocinada consiste numa concessão de serviço público, subordinada genericamente às regras da Lei nº 8.987, em que o poder concedente se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao concessionário, o que constitui objeto de garantias especiais por parte do Poder Público. [...] A concessão administrativa é um contrato administrativo em sentido restrito, de objeto complexo e duração continuada, que impõe a um particular obrigações de dar e fazer direta ou indiretamente em favor da Administração Pública, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos e objeto de garantias diferenciadas" (*Curso de direito administrativo*, p. 770-772).

17 SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 808.

18 ANDERSEN; HAUMONT. Belgique. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 45.

complexos. Isso tem exigido a renovação do Direito Administrativo, inclusive com a redescoberta, mesmo em momento posterior à onda neoliberal, da importância da iniciativa privada, que pode e deve ser encorajada a colaborar conforme o interesse geral possa vir a requerer. Visível por toda parte, o fenômeno exprime-se com relevo particular em vários domínios, em particular no econômico. Aponta-se, inclusive, a ressurgência do contrato como o meio adequado para a satisfação dessa dupla função de estímulo e de orientação das atividades privadas.[19] Os estímulos podem ocorrer, por exemplo, por via de isenções fiscais, concessão de crédito facilitado ou construção de distritos industriais.

É preciso ficar atento a essa forma de participação em virtude de eventual prática viciada conducente ao favorecimento dos interesses de determinados grupos (subsídios, créditos facilitados ou isenções) em detrimento da imensa maioria da população. Houve, no Brasil, com a colaboração viciada, inclusive, a devastação das florestas, a poluição do meio ambiente e a concentração de renda.

4.3.5 O cidadão censor

Qualquer pessoa pode, com fundamento no direito prescrito no art. 5º, XXXIV da CF, por meio de petição, provocar a atuação dos Poderes Públicos. A origem do direito de petição encontra-se na Inglaterra. A Magna Carta, de 1215, já o mencionava. Consolidou-se, depois, com o *right of petition* (1689). "Consistia, inicialmente, em simples direito de o Grande Conselho do Reino, depois o Parlamento, pedir ao Rei sanção das leis. Não foi, porém, previsto na Declaração Francesa de 1789. Veio a constar, enfim, das Constituições francesas de 1791 (§3º, título I), de 1789 [...]".[20]

O art. 5º, XXXIV, "a", da CF, assegura a todos o "direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder". A Constituição revogada assegurava também o direito de representação. A Constituição de 1988 incorporou a representação no direito geral de petição, recepcionando a legislação que cuidava daquele Direito (Lei nº 4.989/1965 sobre responsabilidade civil, administrativa e penal de servidores públicos). Ainda, a Emenda Constitucional nº 19/1998 revigorou o direito de representação ao prever que a lei deve regular "a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na Administração Pública" (art. 37, §3º, III).

O direito de petição apresenta dimensão democrática, assegurando a todos acesso ao aparelho do Estado para reclamar qualquer providência, inclusive a responsabilização

---

[19] O mecanismo do contrato tem sido readquirido importância no âmbito do Poder Público. O art. 37 da CF, alterado pela EC nº 19/1998, prevê o contrato como instrumento de ampliação da autonomia de órgãos e entidades do Poder Público: "§8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal. §9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral". O art. 241, com a redação determinada pela EC nº 19/9898, prevê a formação de consórcios públicos e convênios de cooperação para a gestão associada de serviços públicos: "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".

[20] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 442-443.

de agentes públicos pela prática de abuso de poder. Desse modo, o cidadão aparece como reclamante, requerente e, mesmo, censor, desafiando a atuação dos mecanismos de controle sobre os atos censuráveis[21] da Administração Pública. A garantia da petição[22] não tutela apenas direitos subjetivos do requerente, mas também interesses difusos e coletivos. A Administração não pode se furtar a responder uma petição devidamente apresentada. Vazado tal direito em norma de eficácia plena, ao Poder Público é oferecida a possibilidade de, através de lei, regulamentar o seu exercício, mas sempre de modo a não roubar nenhuma luz do foco de incidência da norma.[23]

A dimensão participativa do cidadão na administração da coisa pública transparece, também, sob a forma de provocação de censura, mas desta feita censura judicial, quando manejada a ação popular.[24] Dispõe o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal que:

> qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A ação popular, na linguagem de Nagib Slaibi Filho,

> [...] é instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.[25]

Não cabe aqui discorrer sobre a história da ação popular. Convém, entretanto, lembrar que a Constituição do Império dela cuidava. A Lei nº 4.717/1965 disciplina a ação popular.

Apenas o cidadão está legitimado a propor a ação popular. Poderia o Constituinte ter mudado isso, mas preferiu manter a tradição brasileira. Algumas novidades, entretanto, apareceram. A ação popular pode ser proposta para anular ato lesivo ao patrimônio de entidade de que o Estado participe. O Constituinte pôs termo "à dúvida se abrangeria também os atos praticados por entidades paraestatais (sociedades de

---

[21] Não só os atos ilegais, mas também aqueles que, embora legais, sejam ofensivos aos demais princípios constitucionais da Administração Pública consignados no *caput* do art. 37 da CF (e, nessa medida, atos imorais, pessoais, ineficientes ou sigilosos quando deveriam ser públicos). O art. 37, §3º, I, na redação dada pela EC nº 19/1998, disciplina que a lei deve regular "as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços".

[22] O direito de petição também está assegurado no art. 31, §3º, da Constituição. Segundo esse dispositivo, as contas dos Municípios ficarão durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame ou apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. Também o art. 74, §2º, assegura forma especial de direito de petição, já que autoriza qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Cabe referir, ainda, o disposto no art. 37, §3º, I, II e III da Constituição Federal.

[23] A Lei nº 9.051/1995 dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações. Ao passo que a Lei nº 12.527/2011 regula o acesso às informações públicas.

[24] Embora a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.06.1965) restrinja o conceito de cidadão ao de eleitor no exercício dos direitos eleitorais.

[25] SLAIBI FILHO. *Anotações à Constituição de 1988*, p. 282.

economia mista, empresas públicas, serviços sociais autônomos e entes de cooperação), além dos órgãos da administração centralizada".[26]

Por outro lado, com a Constituição de 1988, a ação popular substancia também meio idôneo para anular ato lesivo à moralidade administrativa. A moralidade administrativa é um dos princípios informadores da Administração Pública (art. 37, *caput*). De tal sorte que, com a Constituição de 1988, não basta que o ato do Poder Público seja legal, devendo também observar o princípio da moralidade.[27]

É, igualmente, idônea a ação popular para a tutela do meio ambiente. Aliás, segundo o art. 225 da Constituição "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Para Nagib Slaibi Filho,

> [...] como o meio ambiente é declarado bem de uso comum do povo, integra, necessariamente, o patrimônio público, em seu sentido mais abrangente, que ultrapassa o mero conceito de que o patrimônio público é o conjunto de bens estatais. A ação popular aqui acaba por ter o mesmo objetivo da ação pública civil (art. 1º, inc. I, da Lei nº 7.347, de 24.07.85), com a só diferença que será intentada por cidadão, em defesa de interesse difuso e público, enquanto aquela é para a legitimação do Ministério Público e de entidades públicas e privadas que estejam constituídas há mais de ano e que tenham, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente.[28]

Modificação importante — que facilitou sobremaneira o aforamento da ação popular — diz respeito à isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má fé. Muitos eram os cidadãos que deixavam de provocar o Judiciário com receio da sucumbência. A mudança é coerente com a reserva de justiça da Constituição e, particularmente, com a exigência de respeito à cidadania (art. 1º, II).[29] Aliás, incumbe ao próprio Poder Público assegurar o exercício da ação popular, inclusive por meio de defensores públicos, mesmo para a impugnação de seus atos.[30]

---

[26] MEIRELLES. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, p. 126.

[27] Como ensina Nagib Slaibi Filho, "[...] não basta que a atuação do Estado seja compatível com a mera ordem legal, emanada dos atos legislativos: é necessário que a gestão da *res pública* seja feita de forma a atender aos padrões de conduta que a comunidade, em determinado momento histórico, considere relevantes para a própria existência social" (*Anotações à Constituição de 1988*, p. 296). Como postula Marcelo Figueiredo: "Por óbvio que, ao exigir a Constituição acatamento da Administração ao princípio da moralidade (observe-se que o princípio é encartado no capítulo dedicado à Administração Pública e também como garantia do cidadão ao tutelar a moralidade administrativa por meio da ação popular), é possível concluir que o princípio da moralidade é exigível de todos quantos manejam a 'coisa pública' — portanto, de todos os que desempenham função pública ou política. É dizer, o princípio da moralidade é exigência plasmada pela cidadania por meio do poder constituinte originário a *todos* os 'poderes' ou funções do Estado" (*O controle de moralidade na Constituição*, p. 120). Ainda sobre o princípio da moralidade, conferir: CAMMAROSANO. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*; BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. Os autores defendem a existência de uma moral jurídica específica — apartada da moral comum — regida pelo conjunto normativo presente nos ordenamentos jurídicos, ou seja, uma moral que retira seus valores das próprias normas jurídicas, devendo haver, portanto, ofensa a certo bem juridicamente valorado para poder se tratar de ofensa à moral juridicamente tutelada.

[28] SLAIBI FILHO. *Anotações à Constituição de 1988*, p. 287.

[29] O exercício da cidadania livre de custas foi consagrado no art. 5º, LXXVII, da Constituição de 1988, e regulamentado pela Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.

[30] A Constituição de 1988 dispõe que: "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". A Defensoria Pública da União foi instituída pela Lei Complementar nº 80/1994, que, por sua

A ação de inconstitucionalidade genérica ou por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação civil pública são outros mecanismos postos à disposição da cidadania para o exercício do controle popular sobre os atos do Poder Público. Nesses casos, a participação não será direta, mas mediatizada pela interferência necessária de entidades legitimadas a agir, quais sejam: (i) ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ADPF:[31] partido político com representação no Congresso Nacional, confederação nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF); (ii) ação civil pública: autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, ou ainda associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, IV e V da Lei nº 7.347/1985). Não se pode, por fim, deixar de mencionar aqui o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF).

4.3.6 O cidadão propriamente participante

A última forma de participação do cidadão no universo da Administração Pública suscita bastante interesse. O cidadão se insere nos planos decisórios da Administração Pública, seja porque foi consultado, seja porque a ele foi outorgado o poder de decisão. Participa, então, de modo imediato, na escolha das opções administrativas ou políticas do aparato estatal.

4.4 A participação propriamente dita

Trata-se de chamar a atenção para a possibilidade de participação direta do cidadão no universo decisional do Estado. Participação direta significa aquela não operada por meio de mandatários eleitos ou entidades intermediárias entre o particular e o Estado (como seriam as associações, por exemplo). O mundo ocidental caminha para a síntese entre a democracia representativa e a democracia direta.[32] Os Estados ocidentais (Espanha, Suíça, França, Itália e Grécia) têm incorporado aos seus estatutos políticos a possibilidade da participação direta do cidadão no universo político. O Brasil, com a Constituição Federal de 1988, procurou ingressar nesse caminho.

Questão a ser debatida, entretanto, é a possibilidade da participação direta do cidadão no universo decisional da Administração Pública. Como lembra Jean Marie Pontier:

> Le modéle administratif traditionnel était celui d'un monde dos sur lui-même, la séparation entre l'Administration et les citoyens s'imposait de maniére évidente, l'Administration

vez, sofreu alterações importantes com a Lei Complementar nº 132/2009, como o seu art. 1º: "A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal".

[31] O art. 2º, II da Lei nº 9.882/1999, que regulamenta o processo e o julgamento da ADPF, dispunha que "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" seria considerada legitimado ativo, porém, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República. As razões foram apresentadas na Mensagem 1.807, de 03 de dezembro de 1999.

[32] Segundo Adilson Abreu Dallari, "é preciso que a democracia seja simultaneamente representativa e participativa" (Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 34).

> étant l'instrument docile du povoir exécutif, et exécutant ses missions avec borne conscience d'ouvrer dans l'intérêt général, quoi qu'en pensent les citoyens, dont on se gardait bien de deinander 1'opinion.[33]

No universo político, há o cidadão, mas no universo administrativo muitas vezes aparece apenas o administrado, ou o usuário. Tal concepção deve sofrer mutação,[34] a fim de que, em contraste com a Administração Pública, a pessoa também possa assumir um *status* ativo.[35]

4.4.1 A cidadania participativa e o território político

A Constituição Federal, no art. 14, deixou claro que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (democracia representativa) e, nos termos da Lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Como se vê, a participação direta do cidadão no campo político ocorrerá por via do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular nos termos da lei.

Aqui se coloca o problema da distinção entre o referendo e o plebiscito. Entre os numerosos critérios sustentados pela doutrina, chama a atenção aquele proposto por Voloudakis.[36] Nesse caso, trata-se de um referendo quando o objetivo perseguido é a tomada de uma decisão pelo povo, ele mesmo tendo uma escolha livre e sincera entre opções bem claras, sem pressão. Ao contrário, trata-se de um plebiscito quando a manifestação popular ocorre em condições que impedem a cidadania de se exprimir livremente, prestando-se para legitimar uma decisão já tomada pelos possuidores da iniciativa da provocação do corpo eleitoral. São comuns os plebiscitos provocados para a sustentação de regimes autoritários. Porém, tal distinção não faz sentido no direito constitucional brasileiro.

Antes da promulgação da Lei nº 9.709/1998, que regulamentou o disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal, o plebiscito em nosso país era compreendido como a consulta popular que visa, segundo José Afonso da Silva, "decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto

---

[33] "O modelo administrativo tradicional era aquele de um mundo de costas para ele mesmo, a separação entre Administração e o cidadão se impunha de maneira evidente, a Administração era o instrumento dócil do Poder Executivo, e executando suas missões com limitada consciência de abrir o interesse geral, tal qual o pensam os cidadãos, donde nós nos guardamos bem em perguntar a opinião" (PONTIER. France. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 97, tradução livre).

[34] Embora a EC nº 19/1998 refira-se expressamente ao "usuário" nos incisos I e II, §3º, do art. 37.

[35] Para Boaventura de Sousa Santos, "a renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao acto de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa. Para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo do político seja radicalmente definido e ampliado. A teoria política liberal transformou o político numa dimensão sectorial e especializada da prática social — o espaço da cidadania — e confinou-o ao Estado. Do mesmo passo, todas as outras dimensões da prática social foram despolitizadas e, com isso, mantidas imunes ao exercício da cidadania. O autoritarismo e mesmo o despotismo das relações sociais 'não-políticas' (econômicas, sociais, familiares, profissionais, culturais, religiosas) pôde assim conviver sem contradição com a democratização das relações sociais políticas e sem qualquer perda de legitimação para estas últimas" (*Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade, p. 270-271).

[36] VOLOUDAKIS. *Recherche sur le suffrage politique en Gréce 1910-1975*, p. 188.

aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida".[37] O legislador consagrou esta orientação doutrinária no art. 2º da Lei nº 9.709/1998, quando definiu ambos os institutos como "consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa". O §1º do art. 2º dispõe que: "O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido", enquanto o referendo "é convocado com posteridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição".

Nos termos do art. 49, XV, da CF, compete ao Congresso Nacional convocar plebiscito e autorizar referendo. Segundo o art. 3º da Lei nº 9.709/1998, em questões de relevância nacional de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do §3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional. Conforme, ainda, o art. 11 da Lei nº 9.709/1998, o referendo poderá ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação da lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular. O plebiscito ou o referendo será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do art. 10.

O veto popular, previsto inicialmente no Projeto de Constituição, não permaneceu. Consistia na possibilidade da revogação de uma lei já em vigor por meio da votação direta. Identificava-se com o referendo ab-rogatório previsto no art. 75 da Constituição italiana.

A Constituição Federal mais do que autoriza, exige, em alguns casos específicos, a realização de plebiscito. O plebiscito é indispensável para a criação de novos Estados e de novos Municípios (art. 18, §§3º e 4º, da CF). Também previu a realização de plebiscito em 1993 para a definição da forma de governo (República ou Monarquia Constitucional) e do regime de governo (Parlamentarismo ou Presidencialismo) — art. 2º do ADCT.

O art. 61, §2º da Lei Fundamental regula a iniciativa popular no âmbito federal. Dispõe que a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (algo em torno de um milhão, trezentas e cinquenta mil assinaturas), distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. A iniciativa popular, ao que parece, refere-se apenas a projetos de lei complementar e ordinária, de acordo com o *caput* do art. 61. Não há iniciativa popular de projeto de Emenda à Constituição.[38] Poderíamos neste passo ter acompanhado a experiência de outros países, como a Suíça (Constituição Federal da Confederação Suíça de 1999, arts. 138, 139 e 139a).[39] Pelo que se deduz do Texto Constitucional brasileiro, a

---

[37] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 142.

[38] Por força do disposto no §4º do art. 27 da Constituição de 1988, os Estados deverão regulamentar a iniciativa popular nos respectivos processos legislativos. Interessante notar que, diante disso, a Constituição do Estado da Bahia permite a iniciativa popular para propositura de emendas à Constituição estadual (art. 31). Conferir: MORAES. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1159.

[39] "Art. 138. Iniciativa popular para a revisão total da Constituição Federal. 1) 100.000 pessoas com direito de votar podem, no prazo de 18 meses, contado a partir da publicação oficial de sua iniciativa, propor uma revisão total da Constituição Federal. Art. 139. Iniciativa popular formulada, visando uma revisão parcial da Constituição. 1) 100.000 pessoas com direito de votar podem, no prazo de 18 meses, contado a partir da publicação oficial de sua iniciativa, solicitar uma revisão parcial da Constituição Federal, na forma de uma proposta elaborada. Art. 139a. Iniciativa popular geral. 1) 100.000 pessoas com direito de votar podem, no prazo de 18 meses, contado a partir da publicação oficial de sua iniciativa, na forma de uma sugestão geral, solicitar a aprovação, alteração ou anulação de prescrições da Constituição ou de leis".

provocação popular é cabível apenas nos casos em que a iniciativa não é privativa ou exclusiva. Ou seja, a iniciativa popular está circunscrita às matérias de iniciativa comum. Nesse caso, há uma forte limitação da prerrogativa popular, pois inúmeras matérias dependem de iniciativa privativa do Presidente da República, para não falar naquelas dependentes da provocação dos demais Poderes. Ainda assim, não há dúvida de que, embora com todas as dificuldades, a adoção, pelo constitucionalismo brasileiro, da iniciativa popular, significa um avanço histórico de proporções consideráveis.[40]

Na esfera municipal, a iniciativa popular ocorrerá mediante a manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 29, XIII da Constituição da República). No que se refere aos Estados-membros, a iniciativa popular de leis será regulada por lei local (art. 27, §4º da CF). No Paraná, tal iniciativa depende da apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído em pelo menos cinquenta municípios, com um por cento dos eleitores inscritos em cada um deles (Constituição Estadual, art. 67).

4.4.2 A cidadania participativa e o território administrativo

A participação do cidadão no universo político exige certos pressupostos: a existência de um Estado de Direito, o respeito aos direitos fundamentais, como os relativos à liberdade de reunião, associação e manifestação do pensamento. Sem um clima de liberdade, qualquer forma de participação popular pode ser falseada.

Porém, a participação da cidadania na tomada de decisão de caráter administrativo exige ainda outros pressupostos. Não há possibilidade de participação sem informação. O direito à informação assegura a consciente participação popular. Sem informação correta, sem um aparato institucional transparente, qualquer tipo de participação pode se transformar em cooptação legitimadora. O direito constitucional brasileiro assegura o direito à informação (art. 5º, XXXIII, regulamentado pela Lei nº 11.111/2005 e pela Lei nº 12.527/2011) e à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, "b"). Deve ocorrer, igualmente, uma mudança na concepção quanto à Administração Pública. O direito administrativo brasileiro mantém ainda algumas dimensões autoritárias.[41] Aliás, sobre isso, Sergio Ferraz diz o seguinte:

---

[40] A Lei nº 9.709/1998 regulamentou o instituto da iniciativa popular dispondo nos artigos 13 e 14 que o projeto de lei de iniciativa popular: (i) deverá circunscrever-se a um só assunto, (ii) não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou redação. Verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos da Lei nº 9.709/1998, a Câmara dos Deputados dará seguimento ao projeto, consoante as normas do Regimento Interno. A primeira lei aprovada e publicada com base no parágrafo 2º do artigo 61 da Constituição, fruto de iniciativa popular regulada pela Lei nº 9.709/1998, foi a Lei nº 9.840, de 29 de setembro de 1999, que inseriu o art. 41-A na Lei nº 9.504/1997, proibindo a "compra de votos" na Lei Eleitoral. O projeto de lei foi objeto de uma campanha liderada pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela Associação Juízes para a Democracia e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que coletaram mais de um milhão de assinaturas. Também criada a partir de iniciativa popular, a "Lei da Ficha Limpa", sancionada em 2010, dispôs sobre casos de inelegibilidade, de acordo com o previsto no art. 14, §9º da CF.

[41] Adilson Abreu Dallari refere-se, em aula magna, à Carta de Belo Horizonte em que se assentou que: "é chegado o momento de se repensar o Direito Administrativo brasileiro, eliminando-se o caráter autoritário que tem marcado sua interpretação e adotando-se, em sua plenitude e com todas as suas consequências, os princípios fundamentais do Estado Social de Direito" (O direito administrativo na constituição brasileira de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 643). O autor assevera: "Vejo acima de tudo uma necessidade de reformulação da atividade administrativa. Existem ilhas enormes de autoritarismo, existe ainda uma concepção de Administração

> É preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a Administração Pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a Administração Pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial.[42]

A situação francesa não é diferente. Deveras, afirma Jean-Marie Pontier:

> Une phrase du doyen Vedel résume assez bien la situation française jusqu'à une époque récente et peut-être même encore aujourd'hui: si la France a quelquefois été une démocratie politique, dit en substance le doyen Vedel, elle n'a jamais été une démocratie administrative. Qu'est-ce à dire? Cella signifie, ou signifiait, qu'il existe un hiatus entre la conception de la vie politique, laquelle implique une participation active des citoyens, et la vie administrative, qui n'appelle aucune participation de la part de ces demiers, qui n'implique que passivité. C'est dire que si, depuis long-temps, la participation à la vie politique est considérée comme une expression de la démocratie, comme una condition de celle-ci, il n'en est pas de même de la participation administrative.[43]

A Administração Pública deve ser repensada. Afinal, ela não se confunde com o simples aparato executor das políticas prescritas pelo Legislador. A Administração assume, muitas vezes, uma autonomia relativa, por isso, não pode ficar imune à influência da participação popular.

Uma terceira condição para a plena efetivação da participação popular na Administração Pública reside na alteração da "psicologia coletiva" dos administradores. Eles, que olham com desconfiança a "intromissão" dos cidadãos no campo da atividade administrativa (os particulares são os administrados, os usuários, sujeitos passivos que aguardam a ação do Poder Público), devem construir nova engenharia de relacionamento, que afirme e reforce o papel que pode e deve desempenhar o particular no campo da prática administrativa.[44]

Pública demasiadamente autoritária. Não quero dizer, com essa crítica, que seja necessário punir a administração, cercear a administração. Alguns também menos avisados enxergam a administração como uma vilã; 'se tirarmos a Administração Pública... é preciso afastar o poder público para que o Brasil possa progredir'. Não vejo isso. [...] E é por isso que quero esses controles, é por isso que quero uma legislação nova, uma legislação que dê força à Administração Pública, que dê eficiência à Administração Pública, mas não à custa dos direitos fundamentais do cidadão; uma administração que seja eficiente, mas que não seja abusiva" (DALLARI. O direito administrativo na Constituição Brasileira de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 653).

[42] FERRAZ. Participação do povo no processo decisório. *In*: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 11., p. 99.

[43] "Uma frase do decano Vedel resume muito bem a situação francesa até uma época recente e pode ser usada ainda hoje: se a França foi alguma vez uma democracia política, diz com substância o decano Vedel, ela não foi jamais uma democracia administrativa. O que quer isso dizer? Isso significa, ou significava, que existe um hiato entre a concepção de vida política, a qual implica uma participação ativa dos cidadãos, e a vida administrativa, que não demanda nenhuma participação da parte destes últimos, que não implica senão passividades. Significa dizer que se, depois de longo tempo, a participação na vida política é considerada como uma expressão de democracia, como uma condição dela mesma, não se dá o mesmo quanto à participação administrativa" (PONTIER. France. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 117, tradução livre).

[44] Nesse contexto, Romeu Felipe Bacellar Filho desenvolve interessante estudo que desmonta alicerces autoritários no modo de proceder da Administração Pública quando no exercício da competência disciplinar. Sobre a alteração da "psicologia coletiva" dos administradores, aludida no texto, pode-se citar a posição daquele autor no sentido de que a afirmação constitucional expressa do contraditório na esfera administrativa pela Constituição de 1988 (art. 5º, inc. LV) traz como consequência a impossibilidade de se encarar o processo administrativo disciplinar como processo inquisitório (*Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 211).

Seguramente outras condições são necessárias para a efetivação da participação direta do cidadão no campo da Administração Pública. Mas os três citados já possibilitam um bom começo. De qualquer forma, não se pode esquecer que a Constituição Federal introduz um conceito renovado de liberdade. Aliás, um conceito de liberdade resgatado da prática dos antigos, supondo participação, todavia somado àquele conceito tributário das revoluções burguesas. Ou seja, há, na Constituição, a síntese da liberdade-participação (dos antigos) com a liberdade-autonomia (dos modernos), para utilizar a terminologia utilizada por Benjamin Constant.[45] Fala-se, portanto, em autonomias pública e privada reciprocamente influentes. Trata-se agora de radicalizar o entendimento para ampliar o espaço de afirmação da cidadania.

4.4.3 As formas de participação no processo decisório de natureza administrativa

4.4.3.1 A participação de fato

Entre as formas de participação no processo de tomada da decisão administrativa, aparece aquela não regulada pelo Direito, a participação de fato.[46]

A participação de fato pode ser pública e legítima ou oculta e ilegítima. No primeiro caso, entre as legítimas, é possível vislumbrar uma participação com nítido cariz democrático. Os movimentos populares, os movimentos sociais reivindicantes, as manifestações de rua acabam por influenciar a decisão administrativa. Já os *lobbies* e grupos de pressão organizados atuam numa fronteira entre a legitimidade e a ilegitimidade, ou seja, numa zona cinzenta. E continuarão assim enquanto a atividade não for regulamentada.[47]

A forma de participação oculta deve ser reprimida, já que consiste no tráfico de influências, nas negociatas, no clientelismo racionalmente insustentável e propagador de privilégios e injustiças. Nesta sede, não há propriamente participação da cidadania, mas exclusão da cidadania do processo de decisão.[48] Tal prática, corriqueira na experiência brasileira, não pode subsistir, por afrontar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade que vinculam, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a Administração Pública brasileira.

Entre as formas não reguladas (mas nem por isso ocultas ou ilegítimas) de participação popular no processo decisório, aparecem as consultas oficiosas realizadas pela Administração Pública que vão ficando cada dia, felizmente, mais comuns.

---

45 Cf. CONSTANT. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. *Revista de Filosofia Política*.

46 Sobre as modalidades de participação administrativa no direito brasileiro, conferir: MOREIRA NETO. *Direito de participação política, legislativa, administrativa, judicial*: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade.

47 O *lobby* já foi regulamentado em outros países e até mesmo na União Europeia. "Importante instrumento nesse processo de institucionalização é o reconhecimento e legitimação das atividades de *lobby* como expressão dos interesses organizados. A experiência internacional, notadamente nos EUA, Inglaterra, Canadá, Alemanha, França e União Europeia, em anos recentes, demonstra a importância crescente do *lobby* no Parlamento, bem como nas instâncias decisórias do Poder Executivo. Para muitos, o *lobby* é da essência da democracia, possibilitando que, com transparência, os grupos de pressão e de interesse possam atuar organizadamente, e que, com menores custos, todos os setores da sociedade possam fazer uso de estruturas profissionais destinadas a levar suas opiniões e posicionamentos aos formuladores de políticas públicas e decisores, em benefício do processo decisório e de sua segurança" (SANTOS. *Regulamentação das atividades de* lobby *e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas*: análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil, p. 358).

48 Giovanni Sartori alude ao fenômeno do "surto da antipolítica" ou a "política da antipolítica". Este fenômeno decorre da desilusão e desconfiança nos políticos gerados pela corrupção que acaba por levar à completa rejeição pelos cidadãos da política (*Engenharia constitucional*: como mudam as Constituições, p. 159).

4.4.3.2 A participação regulada

A Constituição Federal, ao cuidar da participação direta do cidadão no território político, definiu as formas de expressão (iniciativa popular, referendo e plebiscito). No que concerne à participação direta no âmbito administrativo, apenas previu algumas hipóteses em que é exigida. A lei, entretanto, poderá criar outras.

Entre as hipóteses, citemos as seguintes:

> Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.
> Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. [essa exigência vincula as sociedades de economia mista, bem como as empresas controladas pelo Poder Público] [...]
> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal. [...]
> Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: [...] VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. [...]
> Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes [...].
> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. [...]
> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão [...] organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. [...]
> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei. [...]
> Art. 216. [...] §1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Nem todas as hipóteses de participação previstas pelo Constituinte podem, entretanto, ser consideradas exemplos típicos de participação direta. A previsão do art. 29, XII da Constituição Federal configura espécie de participação realizada com a intermediação de associação representativa. Porém, já é uma conquista o modo como o Texto Constitucional tratou a questão, inclusive porque sugere a possibilidade de novas fórmulas participativas emergirem por iniciativa do Legislador.

Aliás, o Direito Administrativo brasileiro precisa trilhar um longo caminho em direção ao aproveitamento das técnicas de participação. Uma olhadela no Direito comparado pode facilitar a compreensão do afirmado.

Veja-se o exemplo da Constituição espanhola de 1978. O art. 9.2, inspirado diretamente no art. 3º da Constituição italiana de 1947, estabelece o princípio geral de participação, dispondo que "cabe aos Poderes Públicos facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social".[49]

Segundo Sanches Moron, Professor de Direito Administrativo na Universidade Complutense de Madrid,[50] a organização de novas e múltiplas formas de participação na via administrativa diminuiu a distância ou o fosso que separava anteriormente a sociedade da Administração. Mais do que isso, longe de constituir um "cavalo de Tróia que introduziu elementos de distorção no sistema político parlamentar instaurado na Espanha, a participação na administração é atualmente um fator de estabilização da sociedade e, pois, do sistema político, ele mesmo".[51]

A França, a Bélgica, a Itália e a Grécia também admitem a participação direta do cidadão no universo decisório do aparelho administrativo. Tal intervenção pode operar-se: (i) sob a forma de decisão (um referendo de natureza administrativa por meio do qual a Administração abre mão de seu poder de decisão para transferi-lo à comunidade); (ii) por via de uma consulta (é a *enquete publique*, conhecida no direito belga); (iii) ou, ainda, mediante forma de controle da execução de certas obras, com o sentido de impossibilitar o desvio de recursos ou dos planos anteriormente aprovados.

Com apoio na Lei Fundamental, na experiência das democracias ocidentais e, mais, com a criatividade da sociedade brasileira, novas modalidades de participação direta do cidadão na Administração Pública podem ser instituídas. Notadamente naqueles campos onde o interesse do cidadão é evidente, como a ordenação territorial da cidade, o meio ambiente e as obras públicas.[52]

É preciso quebrar, na Administração Pública, o monopólio do poder decisório. Avulta, nesta altura, com significação especial, o papel do jurista. Ele pode, afinal, por sua formação, muito contribuir para o processo de realização da democracia participativa.

4.5 Conclusões

O território conceitual da participação direta propriamente dita (do cidadão na administração da coisa pública) identifica-se com o moderno que resgata a experiência do antigo. Consiste na radicalização da liberdade, reforçando a afirmação de um novo paradigma: o da cidadania responsável (pelos destinos da comunidade política republicana), trazendo à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso,

---

[49] SANCHEZ MORON. Espagne. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 93, tradução livre.

[50] SANCHEZ MORON. Espagne. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 93-94.

[51] SANCHEZ MORON. Espagne. *In*: DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*, p. 94, tradução livre.

[52] É o caso, por exemplo, das audiências públicas. Sobre o tema conferir: MOREIRA NETO. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*; OLIVEIRA. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 161-172; FONSECA. A participação popular na Administração Pública: audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios. *Revista de Informação Legislativa*, p. 291-305; FERRARI. Participação democrática: audiências públicas. *In*: GRAU; CUNHA (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Sobre modalidades de participação direta no espaço administrativa, consultar também: DI PIETRO. Participação popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 127-139; FERRAZ. Novas formas de participação social na Administração Pública: conselhos gestores de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 59-67.

o desejo instituinte de, na arena pública, fazer uso da palavra, ouvir e participar das escolhas públicas.

Na Constituição de 1988, a participação política é promessa que desafia realização. Não se pode subestimar a participação administrativa. Lembra, afinal, Francis Delpérée, Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Catholique de Louvain – Bélgica, que é preciso, talvez, lembrar esta verdade. O cidadão é sempre uma só pessoa. Não há motivo, a partir de divisões escolásticas, para separá-lo em um *homo politicus* que não se confunde com o *homo administrativus* (fala-se *servus publicum*), o qual não tem nada a ver com o *homo economicus*.[53] Ora, como o cidadão é um só, a participação e a democracia precisarão ser, igualmente, uma só. Seja no domínio do político, seja no universo do aparato administrativo.[54]

Referências

ANDERSEN, Robert; HAUMONT, Francis. Belgique. *In*: DELPÉRÉE, Francis. *Citoyen et Administration*. Louvain-la-Neuve, Bruxelles: Cabay Bruylant, 1985.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). *A inovação democrática no Brasil*: o orçamento participativo. São Paulo: Cortez, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre, n. 2, 1985.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração Pública no Estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 5, p. 33-41, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. O direito administrativo na Constituição brasileira de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 11, nov. 1995.

DELPÉRÉE, Francis. *Citoyen et Administration*. Bruxelles: Louvain-la-Neuve: Cabay Bruylant, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 127-139, 1993.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

[53] DELPÉRÉE. *Citoyen et Administration*.

[54] Para Adilson Abreu Dallari, "não basta que as decisões sejam públicas, pois a democracia participativa exige que se proporcione oportunidade de participação do corpo social no próprio processo de tomada de decisão" (Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 40).

FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na Administração Pública: conselhos gestores de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público,* v. 2, n. 7, p. 59-67, out./set. 2004.

FERRAZ, Sergio. Participação do povo no processo decisório. *In*: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 11., 1986, Salvador. *Anais...* Belém, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FONSECA, Gilberto Nardi. A participação popular na Administração Pública: audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 160, p. 291-305, out./dez. 2003.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação popular, Ação civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, out./dez. 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, out./dez. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política, legislativa, administrativa, judicial*: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações sociais de colaboração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, out./dez. 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contratos de gestão: organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 21, p. 161-172, 1998.

PONTIER, Jean-Marie. France. *In* : DELPÉRÉE, Francis. *Citoyen et Administration*. Louvain-la-Neuve, Bruxelles: Ed. Cabay Bruylant, 1985.

SANCHEZ MORON, Miguel. Espagne. *In*: DELPÉRÉE, Francis. *Citoyen et Administration*. Louvain-la-Neuve, Bruxelles: Ed. Cabay Bruylant, 1985.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento Participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Regulamentação das atividades de* lobby *e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas:* análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais)–Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SARTORI, Giovani. *Engenharia constitucional*: como mudam as Constituições. Brasília: Ed. UnB, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

VOLOUDAKIS, M. Evanghelos. *Recherche sur le suffrage politique en Gréce 1910-1975*. Thése (Pour le doctorat d'Etat)–Paris, 1977.

HABEAS DATA
ALGUMAS NOTAS DE LEITURA[1]

Nos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal: "conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público" e "b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

O dispositivo acima reproduzido deve ser lido à luz de outros, constantes da Lei Fundamental da República. Com efeito, o art. 5º, inc. X, protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; o inc. XII, regulamentado pela Lei nº 9.296/1996, dispõe a respeito da inviolabilidade das comunicações de dados; o inc. XXXIII, completado pelas Leis nºs 11.111/2005 e 12.527/2011, deixa claro que: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"; e, finalmente, no inc. XXXIV, especifica que: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: *a)* o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; *b)* a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal".

Também compõem o rol de dispositivos que tratam da publicidade no universo da Administração Pública, as previsões constitucionais constantes no art. 37, §3º, que disciplina as formas de participação dos cidadãos na Administração Pública, regulando, em específico: a) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; e c) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública. Bem como, no art. 216, que cuidando do patrimônio cultural brasileiro, prevê, em seu §2º que: "Cabem à Administração Pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem".

---

[1] Texto originalmente publicado no livro *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 74-82, organizado pela Professora Dra. Tereza Arruda Alvin Wambier.

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1988 é generosa no que se refere à exigência de publicidade dos atos do Poder Público, daí porque tem a pretensão de fundar um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Encontra-se, então, e a despeito das críticas que, eventualmente, possa desafiar, entre as mais avançadas Constituições do mundo neste particular.

O *habeas data* brasileiro nasceu a partir de proposta apresentada pelo constitucionalista José Afonso da Silva à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (*Comissão Afonso Arinos*).

No chamado Anteprojeto dos Notáveis, o *habeas data* prestava-se para autorizar o acesso a informações guardadas quer em registros públicos, quer em particulares, mediante procedimento judicial sigiloso.

Assim dispunha o Anteprojeto:

> Art. 17. Direito de acesso aos registros informáticos. 1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados e a sua atualização. 2. É vedado o acesso de terceiros a esse registro. 3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e conteúdo.

O art. 48 do Anteprojeto, por sua vez, especificava que o *habeas data* seria concedido ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17.

É José Afonso da Silva[2] quem, com absoluta pertinência, lembra as razões que justificaram a criação da garantia constitucional. Segundo o jurista:

> O rápido e intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários, mormente eletrônicos, e especialmente sobre dados individuais, é que vem constituindo ameaça tecnológica à privacidade das pessoas e a outros bens jurídicos, postos em perigo ou mesmo destruídos pelo uso generalizado de computadores e redes telemáticas. Observa Firmín Morales Prats que o maior perigo provém das empresas privadas dotadas de computadores, com a criação de grandes agências privadas e especializadas na coleta de dados pessoais e na elaboração de *dossier* que tem produzido grande impacto em vários países. Nos EUA, são as agências de *CreditReport*, dedicadas a procurar informações sobre a 'solvência, caracteres, reputação, hábitos e modos de vida das pessoas', como os Serviços de Proteção ao Crédito (SPC) no Brasil. Esse amplo domínio dos sistemas de informação gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo para a privacidade pessoal é tanto mais grave quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e mesmo sem seu conhecimento. É fácil perceber que daí decorrem atentados à intimidade das pessoas pelo uso abusivo e ilícito desses registros com o recolhimento de dados pessoais por meio fraudulento, desleal ou ilegal, pela introdução de dados sensíveis (assim chamados os de ordem racial, opinião política, filosófica, religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.), pela conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. Temos tido exemplos expressivos disso nos registros da polícia política, dos serviços

[2] SILVA. *Mandado de injunção e habeas data,* p. 53.

> de inteligência (tipo SNI), de serviços de proteção ao crédito (tipo *CreditReport* e SPC), de malas diretas etc. O fato posto cria a necessidade de tutela jurídica da esfera íntima do indivíduo. Surge, assim, um sistema jurídico de proteção de dados pessoais, que, segundo Firmín Morales Prats, deve contemplar até mesmo a institucionalização de organismos públicos independentes (magistratura informática), para a fiscalização do funcionamento dos bancos de dados (públicos ou privados) e o controle dos dados informatizados. Essa tutela jurídica começa por converter os *habeas mentem* (liberdades genéricas da pessoa) em *habeas scriptum*, ou seja, em proteção do direito positivo, elevando o direito à privacidade e à intimidade à categoria de direitos individuais traduzidos em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como o fizeram as Constituições portuguesa de 1976 (art. 35) e espanhola de 1978 (art. 18).

A proposta apresentada por José Afonso da Silva à Comissão Arinos é, certamente, pelo menos em parte, tributária da experiência constitucional portuguesa. A diferença fundamental reside no fato de que ao direito à informação, o consagrado publicista acrescentou uma garantia (remédio judicial) para sua realização. Nos termos do art. 35º da Constituição Portuguesa:

> Utilização da informática: 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

A Lei Fundamental portuguesa proíbe, ademais, "o acesso a ficheiros e registros informáticos para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros e respectiva interconexão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei". Por outro lado, nos termos do direito constitucional português, "a informática não pode ser utilizada para tratamentos de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis". Cumpre à lei definir o conceito de dados pessoais para efeitos de registro informático, bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas. A Constituição, por fim, proíbe a atribuição de um número nacional único aos cidadãos, sendo certo que cabe ao legislador definir o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras, estabelecendo formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

Na Constituição Federal de 1988, entretanto, o *habeas data* foi contemplado com redação distinta daquela residente no Anteprojeto Arinos.

O Brasil parece ter sido o primeiro país a conceber uma garantia própria para a proteção do direito de acesso e retificação de dados pessoais constantes de registros e banco de dados. Não está, hoje, porém, sozinho. A Argentina adotou semelhante remédio.

Com efeito, dispõe a Constituição Argentina que:

> Art. 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde e lacto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que constenen registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

A Constituição Argentina sofreu, neste sítio, a influência da Carta Brasileira. O Constituinte argentino, entretanto, tratou da matéria de maneira mais feliz.

A respeito do *habeas data* argentino assim se pronunciaram Roberto Dromi e Eduardo Menen:[3]

> Literalmente quiere decir "traer los datos" y su objeto es contener los abusos que puedan derivarse de la manipulación de la información. Esta garantía ha adquirido una magnitud antes desconocida. La era de la computación trajo aparejada la existencia de bancos de datos de acceso inmediato, cuyo control o acceso proporciona una considerable fuente de poder. Néstor Sagüés habla con razón de la existencia de un poder informático, por ello dice que el hábeas data es un proceso constitucional con fines diversos. Literalmente, apunta a "traer los datos" (así como el hábeas corpus procura "traer el cuerpo"), y su objetivo principal es contener ciertos excesos del llamado "poder informático". La figura Del hábeas data importa una configuración especial del amparo, procurando la tutela del derecho a tener acceso a la información que de uno tienen los entes públicos o gubernamental es así como también los particulares. El constituyente ha optado por el diseño de una vía especial, dentro de la más genérica del amparo. La garantía del hábeas data está vinculada al derecho a la intimidad y al derecho a la veracidad de La propia imagen. El mismo criterio de especificidad ha sido seguido por el constituyente bonaerense (Const. Prov.

[3] DROMI; MENEN. *La Constitución reformada*, p. 167.

de Buenos Aires, art. 20, inc. 3), así como también en el Proyecto elaborado por Sergio Díaz Ricci de Código Procesal Constitucional para la provincia de Tucumán (art. 67). Se incorpora el recurso de hábeas data por el cual toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos que constenen registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. En caso de falsedad o discriminación podrán exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos. El hábeas data reconoce su fundamento en el derecho a la intimidad, que está integrado por la tranquilidad, la autonomía y el control de la información personal. En la sociedad moderna, el impacto tecnológico genera nuevas necesidades que ejercen sobre el derecho una influencia decisiva. Ante la posibilidad que la intimidad de las personas pueda ser violentada por el manejo abusivo de los sistemas informáticos y registros almacenadores de datos, se hace necesaria una respuesta por parte del ordenamiento jurídico que tienda a la protección y mantenimiento del derecho a la intimidad. El medio adecuado para tal fin es el hábeas data. Por ello, cuando algunos de los aspectos que integran la intimidad es violentado por el uso abusivo en el manejo de datos aparece la necesidad de protección legal, que es a lo que se tiende con la incorporación de este instituto, que reviste una categoría similar a la de la acción de amparo, como el medio eficaz y rápido de reparar inmediatamente el daño causado o prevenirlo en su caso. El "derecho informático" incluye ciertamente, el "derecho al olvido", que es un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya a un hombre haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedir le de hacer su personalidad (Menem, Eduardo, Conv. Nac. Const., DS, inserción, 16.08.1994).Respecto de los alcances de la figura del hábeas data, desde la doctrina se precisan cinco objetivos principales: que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste e aun registro o banco de datos; que se actualicen datos atrasados; que se rectifiquen los datos inexactos; que se asegure la confidencialidad impidiendo que ciertos datos que legítimamente tienen los organismos oficiales no sean transferidos a terceros; y como último objetivo que se borre de un registro la llamada información sensible. Esto es la información referente a su vida íntima, sus ideas políticas o religiosas, o datos sobre su comportamiento sexual.

Para Humberto QuirogaLavié,[4]

El hábeas data es una novísima institución en el derecho argentino. Este tipo de amparo protege la intimidad y buena imagen de las personas, permitiéndoles tomar conocimiento de datos referidos a ellas, cuando constarenen registros públicos o privados destinados a proveer informes, a los efectos de exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, cuando los datos fueran falsos o estuvieren anotados con una finalidad discriminatoria (tercer apartado del art. 43). Se trata de evitar que los registros que llévala administración pública, sea civil o de los servicios de seguridad, tengan constancias sobre cada ciudadano que sean usadas, o puedan serlo, en perjuicio de ellos, en el supuesto de falsedad de los datos o, aun siendo verdaderos, estuvieran anotados para discriminarlos en su perjuicio, por razones de raza, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, según reza el art. 1 del Pacto de San José de Costa Rica. También se trata de evitar que bancos de datos privados destinados a proveer informes, caso de las bolsas de trabajo o de las agencias de colocaciones que llevan registros de los antecedentes laborales de quienes buscan trabajo, contengan datos falsos o discriminatorios. En el mismo sentido los registros de antecedentes comerciales que dan informes a las instituciones bancarias con motivo de tramitar un crédito. En estos casos el particular tendrá el derecho de corrección que leer e conoce el art. 43 o de solicitar que no se los divulgue, es decir, que

[4] QUIROGA LAVIÉ. *Lecciones de derecho constitucional*, p. 241.

> se respete la confidencialidad de los datos personales. Sabido es que los registros de datos no pueden tener anotaciones sobre la religión, la raza, o las opiniones políticas o filosóficas de las personas, pues la pertenencia o posesión de ellos no puede autorizar ninguna discriminación en su perjuicio.

Além do Brasil e da Argentina, atualmente, também o Peru adota o instituto. Deveras, o art. 200 da nova Constituição peruana menciona, no inc. 3, como garantia constitucional, a ação de *habeas data* que pode ser impetrada *contra qualquer autoridade, funcionário ou pessoa, em virtude de ato ou omissão que vulnere ou ameace os direitos de informação, intimidade pessoal e familiar, a honra, reputação e réplica (resposta)*.

São absolutamente pertinentes as observações formuladas por Néstor Pedro Sagüés[5] a propósito do *habeas data* peruano:

> [...] El hábeas data tiene por meta natural tutelar a las personas por los excesos del poder informático, y no, en términos generales, por cualquier lesión que se infiera, por cualquier medio, a su honor, privacidad o propia imagen, o a la intimidad familiar y la voz. Para decirlo más claro, y como su nombre lo indica, el hábeas data es un amparo especial referente a *datos* (y a *datos* registrados en bancos o bases de datos).A raíz de la amplitud de sus términos, el hábeas data peruano ha hecho preguntarse a muchos si no podría empleárselo para imponer, so pretexto de tutelar el honor y la privacidad, la censura previa a periódicos, radioemisoras o canales de televisión [...]. De todos modos, el caso peruano evidencia la necesidad de reducir el hábeas data a sus objetivos propios: acceder, actualizar, rectificar, excluir (en su caso) información, y reservaría algunas veces en virtud del principio de confidencialidad; y no inflacionario con otros propósitos o en protección de otros derechos, para lo cual está la acción de amparo general.

Como se percebe, a despeito da provável influência do direito brasileiro, o instituto assume configuração diferenciada no Peru. Das três Constituições (Brasil, Argentina e Peru), porém, parece certo que o dispositivo constante da Carta Fundamental Argentina é o melhor, por sua precisão. O Constituinte peruano, elastecendo as hipóteses de cabimento da garantia processual, acabou por desnaturá-la. O Constituinte brasileiro, por sua vez, não prevendo expressamente a possibilidade da supressão ou a decretação do sigilo de determinados dados (como medidas tendentes a proteger certas esferas da pessoa — intimidade, por exemplo —, ou a censurar a coleta de dados com propósitos discriminatórios — raça, sexo etc.) deixou um campo de direitos fundamentais fora do alcance do *habeas data*. A lei que regulamenta o dispositivo constitucional (Lei nº 9.507, de 12.11.1997), por sua vez, no território em comento, não trouxe nenhuma novidade.

De qualquer forma, com erros e acertos, o direito constitucional latino-americano vai construindo um instituto que, a despeito do ceticismo de alguns, já marca o campo das garantias constitucionais pela força de seu ineditismo. É de se esperar, entretanto, que a previsão constitucional não se transforme em palavras destituídas de significação normativa. Daí a importância dos operadores jurídicos (juízes e advogados) para a plena *realização* da garantia constitucional. Cumpre, nesta altura, todavia, reconhecer que, com a nova lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), diante da providencial generosidade do Legislador no tratamento da matéria, o *habeas data*, enquanto importante garantia constitucional de natureza processual, remanescerá numa condição de

[5] SAGÜÉS. El hábeas data: alcances y problemática. *In*: SÁNCHEZ (Org.). *El derecho público actual*, p. 190.

menor utilidade, exceto em circunstâncias nas quais os meios de acesso à informação definido pelo Legislador seja insuficiente.

Referências

DROMI, Roberto; MENEN, Eduardo. *La Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El hábeas data: alcances y problemática. *In*: SÁNCHEZ, Alberto M. (Org.). *El derecho público actual*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PÁGINA EM BRANCO

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PATERNALISMO
CONSIDERAÇÕES SOBRE A *LEI DA FICHA LIMPA*[1]

6.1 Política e judicialização

O fenômeno contemporâneo conhecido como judicialização da política autorizou a ressurgência de uma discussão sobre a postura que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, deve adotar no seu processo decisório.

Com os recentes julgamentos envolvendo temas controvertidos, como os casos sobre união estável de pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, a questão das cotas sociais e raciais em universidades públicas, entre outros, não se pode negar que a Suprema Corte brasileira passou a deliberar sobre questões sensíveis que ensejam considerável apelo popular e midiático.

O mesmo pode ser dito em relação à decisão da Colenda Corte quanto à Lei Complementar nº 135/2010 — fruto da reunião da ADC nº 29, da ADC nº 30, bem como da ADI nº 4.578, julgadas em conjunto em 16.02.2012 — conhecida como "Lei da Ficha Limpa", que, possivelmente, foi um dos temas levados à Corte Constitucional que mais despertou debates nos meios de comunicação e, por incidir sobre uma lei decorrente de iniciativa popular — meio de deflagração do processo legislativo utilizado em raras oportunidades —, não é possível desconsiderar o forte anseio de significativa parte da população pela realização, através da referida medida legislativa, de um "choque de moralidade" nas instâncias representativas da nação.

Constituiria a decisão sobre a Lei da Ficha Limpa um caso de ativismo judicial ou, em sentido oposto, a Corte estaria limitando seus próprios poderes para assumir uma postura de deferência em relação à liberdade de conformação do legislador?

Ora, o ativismo judicial caracteriza-se por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder, mas não apenas neles. Reconhecida como postura proativa, não pode ser associada a uma específica perspectiva ideológica.

[1] Texto escrito com o Advogado Ms. Bruno Meneses Lorenzetto.

No Brasil há uma falsa percepção de que o ativismo é uma prática própria das esquerdas — o que se justifica, em certo sentido, pelo fato de o ativismo ter sido utilizado em solo pátrio, muitas vezes, como ferramenta de combate ao regime ditatorial militar iniciado em 1964.[2] Em verdade, as primeiras manifestações da prática do ativismo judicial, ocorridas nos EUA, foram no sentido de restringir direitos, como observado na "Era Lochner", com o caso "Lochner *vs.* New York" de 1905,[3] um período no qual a Suprema Corte, aderindo a um liberalismo econômico ortodoxo, fulminou leis garantidoras de direitos sociais. Tratava-se, no caso, de uma postura politicamente conservadora, aniquiladora das tentativas de regulação do mercado e de introdução de direitos trabalhistas.

A mudança de direção do ativismo judicial veio a ocorrer com a chamada *Corte de Warren*, que procurou, em sentido inverso, expandir direitos civis, liberdades políticas e o poder jurisdicional. Caso emblemático julgado na Suprema Corte presidida por Earl Warren, "Brown *vs.* Board of Education" de 1954, proibiu a segregação racial nas escolas públicas. Esta medida, depois expandida para outras ações do Estado, afastou a segregação racial em vários campos públicos.[4]

Como se percebe, não é possível afirmar que o ativismo é sempre progressista. Ora, vimos, pode não ser.

A autocontenção, por seu turno, espelha uma postura de não interferência do Judiciário nas outras esferas de poder, relega a "política para os poderes políticos" (dentro de uma construção da política que a compreende apartada do direito), possibilitando uma margem de atuação maior dos demais poderes no exercício de suas respectivas competências, apresentando-se como atitude de deferência em relação aos atos e decisões do Legislativo ou do Executivo.

O jurista James Thayer teve seu nome associado às noções de minimalismo judicial e autocontenção. Criticou o controle de constitucionalidade realizado nos Estados Unidos,[5] sustentando, inclusive, inexistir disposição expressa cuidando do assunto.

---

[2] Sobre o tema das diferentes formas de recepção de teorias jurídicas estrangeiras na América Latina, ver: LÓPEZ MEDINA. *Teoría Impura del Derecho*: la transformación de la cultura jurídica latino-americana.

[3] "A este periodo se le ha llamado a menudo 'la época de Lochner', tras la decisión adoptada en el caso Lochner *vs*. New York, que se convirtió en el más célebre de la época. En este periodo, el Tribunal razonó que las leyes sobre salario mínimo y horario máximo eran un esfuerzo por quitar propiedades a los patronos para transferirlas a sus empleados. Esta forma de transferencia 'desnuda' de interés de un grupo estaba, en opinión del Tribunal, prohibida por la Constitución" (SUNSTEIN. Constituciones y democracias: epílogo. *In*: ELSTER; SLAGSTAD. *Constitucionalismo y democracia*, p. 359).

[4] De acordo com Luís Roberto Barroso: "No Brasil há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador — como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município — como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito" (Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: FELLET *et al.* (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*, p. 233-234).

[5] "The checking and cutting down of legislative power, by numerous detailed prohibitions in the constitution, cannot be accomplished without making the government petty and incompetent. This process has already been carried much too far in some of our States. Under no system can the power of courts go far to save a people form ruin; our chief protection lies elsewhere" (THAYER. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law,* p. 30).

Defendeu ainda que aos juízes incumbiria lançar mão do controle de constitucionalidade apenas no caso concreto, não para anular leis, e mais, que o controle de constitucionalidade, embora importante, só deveria ser manejado em casos excepcionais. Não é desprezível a parcela da doutrina constitucional americana que tradicionalmente se alinha a este entendimento.[6]

Raros, entretanto, são aqueles que defendem, contemporaneamente, a supressão do controle de constitucionalidade.[7] Por isso, entre os críticos da jurisdição constitucional, prevalecem os argumentos que procuram apontar para a necessidade de uma justiça constitucional parcimoniosa, isso para prevenir os problemas decorrentes de uma "supremacia judicial" que implicaria a desconsideração das interpretações divergentes, formuladas no âmbito dos outros poderes.[8] Observe-se, neste ponto, a perspectiva de John Hart Ely sobre a questão:

> O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição — e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição — o que significa que, na verdade o povo controla a si mesmo.[9]

Na decisão proferida no caso da Lei da Ficha Limpa, o STF não seguiu uma trilha proativa. Com efeito, preferiu, antes, adotar uma postura deferente em relação ao Legislativo, embora antes tenha a Corte, acertadamente, prolatado decisão, com fulcro no princípio constitucional da anterioridade, reconhecendo ser a lei inaplicável às eleições de 2010.[10]

Optou o STF pelo comedimento (*self-restraint*) no julgamento de 2012. Apesar da consistência dos votos vencidos (Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cezar Peluso), prevaleceu na Corte Suprema a solução preconizada pelo Ministro Luiz Fux, relator no segundo julgamento:

---

[6] Cf. THAYER. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional Law*; SUNSTEIN. *One Case at Time*: judicial minimalism on the supreme court; TUSHNET. *Taking the Constitution Away from the Courts*.

[7] De fato, o debate se concentra entre o controle de constitucionalidade forte, como no caso do Brasil, dos Estados Unidos e da Alemanha, e o controle de constitucionalidade fraco, como no caso da Inglaterra. Sobre a questão, ver: WALDRON. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, p. 1346-1406.

[8] "Os críticos consideram, ao contrário, que é necessário entender e aplicar o direito constitucional com base na *equivalência* dos poderes estatais em assuntos de interpretação constitucional. É a tese conhecida como *departmentalism* ou *non supremacy*. Isso permitiria preservar o poder do povo contra um possível 'despotismo' do Judiciário, mostrando que todas as interpretações dadas por poderes estatais são igualmente respeitáveis, cada um em seu momento e âmbito de competência" (DIMOULIS; LUNARDI. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. *In*: FELLET *et al.* (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*, p. 467-468).

[9] ELY. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade, p. 13.

[10] De acordo com o art. 16 da CF, a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Veja-se, ainda, o Acórdão do julgamento citado: RE nº 633.703/MG – Recurso Extraordinário. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 23.03.2011. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia do devido processo legal eleitoral. II. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da igualdade de chances. III. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional das minorias e o papel da jurisdição constitucional na democracia. IV. Recurso extraordinário conhecido e provido.

> Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema "ficha limpa", sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 — interpretações essas que ora se adotam.

Diante da prática orientada pela parcimônia e pela contenção, o Judiciário deixa de exercer um controle forte sobre as leis envolvendo temas políticos ou morais controversos. Trata-se de postura orientada no sentido de aceitar que a maioria prevaleça, convergindo com o entendimento desta, enfraquecendo o papel contramajoritário da Corte enquanto guardiã da Constituição. Em termos da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, esta assume um peso mais importante. De modo que, na situação em análise, a jurisdição constitucional apenas estaria justificada na circunstância da emergência de violações claras da Constituição pelo Parlamento, manifestando sentido o critério *in dubio pro legislatore*.

No caso em tela, então, não se manifesta hipótese de ativismo judicial. Ao contrário, aproximando os dois julgamentos sobre a Lei Complementar nº 135/2010 à teoria apresentada por Rosalind Dixon sobre os modos *forte* ou *fraco* de exercício do controle de constitucionalidade,[11] pode-se dizer que, se no primeiro julgamento a Corte decidiu por um modelo de direitos fortes, no segundo julgamento a opção foi por um modelo de direitos fracos e remédios fracos.

6.2 Considerações sobre as decisões do STF

De acordo com o art. 16 da CF, a lei que venha a alterar o processo eleitoral, apesar de entrar em vigor na data de sua publicação, não pode ser aplicada ao processo eleitoral que ocorra até um ano da data de sua vigência. Este dispositivo constitucional, introduzindo o princípio da anualidade ou anterioridade, visa a resguardar a lisura do pleito, preservar o processo eleitoral, exigindo que as mudanças das "regras do jogo" apenas possam produzir eficácia depois de um determinado lapso temporal.[12]

Manifesta-se, na situação, além da proibição da retroatividade, o requisito da anterioridade específica, o que implica, para o disposto no art. 16 da Constituição, a produção, nas leis perturbadoras do processo eleitoral, de uma eficácia diferida, substanciando um tipo de anualidade singular compreendida como princípio garantista.[13]

---

[11] "In a conversationalist theory of judicial review, for example, the role of courts is simply to deliberate, not to decide, so that weak remedies, because they entail less sacrifice of judicial efficacy, will almost always be preferred over weak rights. On the other hand, in a democratic minimalist understanding, a key part of the court's role is to resolve concrete controversies without resort to the kind of broad or deep judicial reasoning that can destabilize constitutional order, so that weak rights will almost always be preferred to weak remedies. Similarly, in a departmentalism understanding, the courts' role is simply to decide the particular concrete controversy; judicial opinions are not afforded any presumptive respect in the broader political process and, thus, nothing is lost when courts adopt a weak rights, as opposed to weak remedies, approach" (DIXON. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *In*: *International Journal of Constitutional Law*, p. 411).

[12] De acordo com Marcos Ramayana: "Toda lei que alterar o processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação) será publicada um ano antes da data da eleição. A data da eleição é sempre o primeiro domingo de outubro (arts. 77 da Constituição Federal e 1º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997); portanto, a referência é vista no calendário eleitoral que coincide com esta data [...]" (*Direito eleitoral*, p. 44).

[13] Quanto às medidas provisórias, a disposição é diametralmente oposta: "Não se pode esquecer, entretanto, que urgente deve ser não apenas a adoção de norma editada (vigência) como, igualmente, a sua incidência (aplicação). Por isso, a melhor doutrina tem, em geral, como inadmissível a adoção de medida provisória para produzir efeitos após determinado lapso temporal (eficácia diferida)" (CLÈVE. *Medidas provisórias*, p. 96).

Mesmo a Justiça Eleitoral, no exercício da competência normativa autorizada pelos artigos 1º, parágrafo único, e 23, IX do Código Eleitoral, submete-se ao limitador temporal.

Apesar disso, as Leis nºs 9.840/1999, 10.408/2002, 10.740/2003, 11.300/2006 e 12.034/2009 constituem exemplos de mudanças das regras eleitorais que não respeitaram o princípio da anterioridade eleitoral.

Na situação em análise, a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, foi promulgada para atender o especificado no art. 14, §9º da CF, que dispõe:

> Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, *a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (grifos nossos)

Como se sabe, o Tribunal Superior Eleitoral sumulou entendimento (Súmula nº 13) que, acertadamente, afastou a incidência imediata do especificado no art. 14, §9º, CF, ainda antes da votação da legislação complementar. Em certa medida, a Lei da Ficha Limpa surgiu como uma resposta ao entendimento do TSE no sentido de ser necessária a produção legislativa que explicitasse os casos de imoralidade eleitoral para fins de inelegibilidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 23.03.2011, entendeu-se por apertada maioria — com o voto de desempate do Ministro Luiz Fux — que a lei incidindo sobre o processo eleitoral haveria de se submeter ao princípio da anterioridade. Assim, o referido recurso foi provido, sendo aplicado o disposto no art. 543-B do CPC ante a existência de múltiplos recursos com fundamento na mesma controvérsia.

No acórdão ficou estabelecido que:

> A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso. [...] Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. [...] O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação.

Dessa maneira, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional relacionada à aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 ao pleito eleitoral do ano de

2010, diante do contido no art. 16 da CF, decidindo, portanto, também corretamente, pela não incidência da Lei da Ficha Limpa nas eleições do referido ano.

Quanto ao julgamento mais recente do caso da "Ficha Limpa", ocorrido em 16.02.2012, nele foram apreciadas em conjunto as ADCs nºs 29 e 30 e a ADI nº 4.578. Aqui, a controvérsia judicial envolveu as hipóteses de inelegibilidade constantes no art. 1º, I, alíneas "c", "d", "e", "f", "g", "h", "j", "k", "l", "m", "n", "o", "p" e "q" da Lei Complementar nº 64/1990,[14] modificada pela Lei Complementar nº 135/2010.

[14] "Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos; d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [...] j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos".

Em seu voto, o Ministro Relator argumentou que a Lei da "Ficha Limpa" não violou o princípio da irretroatividade legal (*in malam partem*, eis que a lei pode retroagir *in bonam partem*), tendo autorizado, apenas, a manifestação de retroatividade inautêntica ou *retrospectiva*, na qual a norma atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas pretéritas. Sustentou, mais, o Ministro que não haveria violação ao princípio *non bis in idem* pelo fato de haver diferença entre a condenação e a inelegibilidade. Disse, por fim, que também a garantia constitucional da coisa julgada não teria sido agredida pela iniciativa legislativa.

Ademais, talvez em um dos pontos mais controvertidos, argumentou o Relator da seguinte maneira:

> Questiona-se, então: é *razoável* a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser *negativa*. Da exigência constitucional de *moralidade* para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, §9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa. A rigor, *há de se inverter a avaliação: é razoável entender que um indivíduo que se enquadre em tais hipóteses qualificadas não esteja, a priori, apto a exercer mandato eletivo*.

A argumentação do Ministro Luiz Fux no sentido de afastar a presunção constitucional da inocência orientou-se para sustentar que esta não poderia constituir óbice à validade da Lei da Ficha Limpa, propondo, ademais, que sob o filtro da proporcionalidade — com os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — a inelegibilidade deveria ser mantida, mesmo porque haveria uma convergência entre a moralidade e a democracia no caso em questão.

O Ministro cuidou, também, de breve consideração quanto ao fato de que a antecipação da inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado tornaria manifestamente desarrazoada a sua extensão por oito anos após a condenação, prevista no art. 1º, I, alíneas "e" e "l" da Lei Complementar nº 135/2010. Em uma segunda ressalva, apontou para a inconstitucionalidade derivada de desproporcionalidade constatada no art. 1º, I, alínea "k" da mesma Lei, nos termos de que o simples oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo de perda ou cassação de mandato importaria a inelegibilidade do mandatário que renuncia. Na sequência, após o voto do Ministro Joaquim Barbosa, o Relator decidiu retirar a ressalva de seu voto atinente à alínea "k".

O Ministro Joaquim Barbosa aderiu à quase totalidade do voto do Relator, apresentando divergências apenas quanto às duas ressalvas referidas, entendendo que não caberia qualquer reparo à Lei Complementar nº 135/2010. Este voto acabou por pautar o julgamento, separando aqueles que aceitavam a Lei em sua integralidade (declarando-a, portanto, constitucional) dos demais Ministros que apresentaram divergências tópicas implicantes da inconstitucionalidade de certas disposições presentes na Lei.

O Ministro Dias Toffoli iniciou a divergência ao declarar várias disposições da "Lei da Ficha Limpa" inconstitucionais: (i) a concernente ao princípio da presunção de inocência; (ii) a alínea "n", que trata da inelegibilidade por simulação de desfazimento de vínculo conjugal; e (iii) a alínea "g", por entender que é do Legislativo a competência para o julgamento das contas de Chefe do Executivo. No mais, aceitou os novos motivos e prazos de inelegibilidade, acompanhando os dois votos anteriores.

Os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto acompanharam o voto do Ministro Joaquim Barbosa em sua integralidade. Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia divergiu apenas no aspecto atinente à contagem dos prazos, seguindo o Ministro Luiz Fux.

O Ministro Gilmar Mendes instaurou nova divergência ao anotar que não caberia ao Legislador apanhar fatos jurídicos passados para modificar seus efeitos no futuro e, assim, violar os direitos fundamentais dos cidadãos. Também divergiu quanto à alínea "m", causa de inelegibilidade por penalidade aplicada por conselho profissional em função de infração ético-profissional. Acompanhou a divergência do Ministro Dias Toffoli na parte da presunção da inocência, bem como na questão da competência exclusiva do Legislativo para julgamento de contas do Chefe do Executivo.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do Ministro Joaquim Barbosa, inclusive quanto à não ofensa ao princípio da presunção de inocência, acompanhando, entretanto, o Ministro Gilmar Mendes em relação à crítica da possibilidade de emergência de efeitos futuros derivados de fatos pretéritos submetidos antes a consequências distintas.

Os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso também acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes. Prevaleceu, portanto, a posição adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa, declarando o STF a "Lei da Ficha Limpa" constitucional, imune de qualquer ressalva em seu texto. Assim, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30 foram julgadas procedentes, enquanto a ADI nº 4.578 foi julgada improcedente.

As previstas na Lei Complementar nº 64/1990 são *inelegibilidades em sentido próprio* ou *stricto sensu*.[15] Suas causas configuram restrições à capacidade eleitoral passiva derivadas de princípios como o da eficiência da Administração Pública e da moralidade eleitoral.

A distinção entre as inelegibilidades é substantiva, sendo determinada pelo seu conteúdo e não pelo *topos* normativo que ocupam na Constituição ou na Lei Complementar nº 64/1990. O sistema normativo das inelegibilidades é, então, formado pela composição articulada destes dispositivos legais.[16]

As causas de inelegibilidade não se confundem com os direitos políticos negativos. De fato, tanto a suspensão dos direitos políticos como a inelegibilidade configuram exceções à plena capacidade eleitoral passiva; contudo, enquanto a suspensão atinge o direito de votar e ser votado, nas dimensões ativa e passiva, a inelegibilidade torna indisponível, pelo lapso temporal previsto em lei, apenas a capacidade eleitoral passiva, ou seja, o direito de ser votado.

A distinção, *in casu*, tem uma função importante em decorrência do especificado nos artigos: 15, III ("É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos") e 5º, LVII ("Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória") da Lei Fundamental da República e na Súmula nº 9 do Tribunal Superior Eleitoral ("A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos").

---

[15] AMARAL; CUNHA. *Manual das eleições*, p. 456.

[16] Sobre o art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990 anotam Amaral e Cunha: "Esse inciso I, em suas várias alíneas, trata de *inelegibilidade genérica* (incapacidade eleitoral passiva com relação a todo e qualquer cargo), enquanto os demais incisos do mesmo artigo tratarão de *inelegibilidade específica* (aquela em que o aspirante não pode candidatar-se para algum cargo determinado)" (*Manual das eleições*. p. 462).

Ora, quando a causa de inelegibilidade estabelecida pela Lei Complementar nº 135/2010 é satisfeita pelo simples julgamento por "órgão colegiado", sendo incumpridos os dispositivos acima referidos, emerge situação de suspeição em relação à legitimidade da decisão do Legislador. Por outro lado, nenhuma lei, mesmo de iniciativa popular, ainda que voltada à satisfação de uma boa causa, está autorizada a violar a Constituição por meio da restrição excessiva de garantias processuais ou de direitos fundamentais de máxima significação, como são aqueles de natureza política. Entende-se que a demanda pela moralização da política brasileira teve, com a aprovação da lei, um de seus momentos mais significativos. Logo, não é cabível dizer, incorrendo em arriscada generalização, que a Lei Complementar nº 135/2010 é inconstitucional em sua integralidade. É, com efeito, pertinente a apreciação da vida pregressa daqueles que almejam se submeter aos pleitos eleitorais, substanciando isso, aliás, exigência constitucional. O Legislador não podia, portanto, permanecer omisso, sob pena de violação da normativa constitucional por omissão. Daí o mérito inegável da iniciativa popular para dar cumprimento ao comando constitucional. O Constituinte, no caso, em relação à matéria, adotou um tratamento de feição paternalista (paternalismo constitucional), implicando, em função da incidência de causa de inelegibilidade, o afastamento temporário daqueles que ostentam vida pregressa condenável. É evidente que a inelegibilidade importa, a um tempo, a compressão da capacidade eleitoral passiva dos implicados e a redução do âmbito de escolha do eleitor, tido pelo Constituinte como incapaz de alijar do processo eleitoral aqueles despidos das virtudes necessárias para a boa condução da coisa pública. No caso, é o Constituinte e o Legislador que decidem pelo eleitor. Cumpria ao Legislador, entretanto, em função de adequada leitura da integralidade da Constituição, levando em conta as exigências do regime democrático e dos direitos fundamentais, aprovar legislação adequada, necessária e proporcional, embora sempre cumpridora da determinação constitucional. Pecou, todavia, pelo excesso. Aliás, um tipo de excesso cada vez mais comum nas leis que, entre nós, pretendem, contaminadas por critérios paternalistas ou perfeccionistas, corrigir o país. Daí a razão pela qual se adverte que, não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal, vários dispositivos da Lei da Ficha Limpa não poderiam passar pelo teste da constitucionalidade. Aliás, calha nesta oportunidade lembrar que, ao contrário dos direitos, o princípio da moralidade não substancia um "trunfo" no sentido proposto por Ronald Dworkin.[17]

A presunção da inocência, ao contrário, pode ser vista como um "trunfo", não sendo tolerável a sua integral compressão, no processo eleitoral, em nome de um suposto interesse da comunidade. Assim, na relação entre os indivíduos e a sociedade, não é demais lembrar Dworkin e sua tese nos termos da qual os direitos individuais não estão em conflito com a igualdade. A defesa de direitos não pressupõe, portanto, no constitucionalismo contemporâneo, o abandono da preocupação com o "bem comum" ou com a "moralidade". No mais das vezes, nas disputas entre moralidade e direitos, emergem conflitos aparentes, superficiais, pois tanto os direitos concernentes ao bem-estar social como os definidos como individuais não podem ser adequadamente compreendidos senão à luz da ideia de igual respeito e consideração.[18]

---

[17] Cf. Rights as trumps. *In*: WALDRON. *Theories of rights*, p. 153-167.

[18] Cf. DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. Neste campo, calha tratar da máxima *in dubio pro libertate*. Na lição de Pérez Luño: "Entre los topoi o reglas técnicas para la interpretación constitucional, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio *in dubio pro libertate*. Con este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favor de la libertad del ciudadano. [...] El principio *in dubio pro libertate* tiende a ampliarse en el postulado

Com a nova lei foram introduzidas, portanto, novas espécies de causas de inelegibilidades relativas para além daquilo que era, do ponto de vista constitucional, exigível. Não é possível olvidar que o comando constitucional que limita o acesso aos mandatos daqueles com vida pregressa inadequada atende ao princípio da moralidade.[19] Mas aqui, como em tudo, reitere-se, a justa medida e a proporção são indispensáveis. Não é apenas a omissão do Legislador que compromete os postulados do Estado de Direito. O legislar em excesso, de modo imprudente e desproporcional, também opera efeito análogo.

Mas qual o sentido constitucional da moralidade? Entende José Afonso da Silva que "esse conjunto de normas constitucionais retira a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público e, assim, a desvincula da questão da mera legalidade, para erigi-la em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes públicos, mais do que simples requisito de validade do ato administrativo".[20] Não se pode discordar da tese. Mas, ao mesmo tempo, convém levar em conta a advertência de outro importante jurista, contaminada, é verdade, por certa dose de ceticismo. Com efeito, a partir de um lugar teórico singular, Eros Roberto Grau, respondendo a indagação envolvendo a questão da moralidade no caso da Lei da "Ficha Limpa", disse o seguinte:

> Sim, é a moralidade pública. Mas a moralidade pública é moralidade segundo os padrões e limites do Estado de Direito. Essa é uma conquista da humanidade. Julgar à margem da Constituição e da legalidade é inadmissível. Qual moralidade? A sua ou a minha? Há muitas moralidades. Se cada um pretender afirmar a sua, é bom sairmos por aí, cada qual com seu porrete. Vamos nos linchar uns aos outros. Para impedir isso existe o Direito. Sem a segurança instalada pelo Direito, será a desordem. A moralidade tem como um de seus pressupostos, no Estado de Direito, a presunção de não culpabilidade.[21]

Ora, o Legislador, com a Lei da "Ficha Limpa", embora acertando muito, também errou, e não errou pouco.[22] Desrespeito a preceitos fundamentais, desconsideração de

---

favor libertatis, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto" (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 315).

19 "Atribui-se a Hauriou a sistematização do conceito de *moralidade administrativa*, deduzido do próprio princípio da legalidade, ligada à idéia de *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, restrita, pois, à construção do ato administrativo, de que a finalidade pública é um requisito de validade. Comete imoralidade, mediante desvio de finalidade, o agente que pratica ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência. Veja-se bem que a moralidade, aí, é um elemento interno da legalidade, nada tendo a ver com a ética mais ampla que fundamenta a responsabilidade da ação política. O conceito de Hauriou não poderia ir além disso quando define a moralidade administrativa como 'o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração', imposto ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e assim não se confunde com a *moral comum*, imposta ao homem para sua conduta externa" (SILVA. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição, p. 122).

20 SILVA. *Poder constituinte e poder popular*, p. 128.

21 GRAU. Lei da Ficha Limpa põe em risco o Estado de Direito. *O Estado de S. Paulo*.

22 No presente estudo não há lugar para um maior desenvolvimento da afirmação. É importante lembrar, não obstante, o seguinte: (i) "No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de 'cláusulas gerais', o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de 'ponderação', de 'valoração' e de 'escolha' implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de 'execução' ou 'aplicação' de leis constitucionais. A política, nesta perspectiva, deveria ser uma 'política constitucional', mas não se reconduziria à realização de normas constitucionais.

garantias fundamentais, desproporção no trato da matéria e retroação desenham o sítio daquilo que pode ser definido como excessivo na lei. Num diagnóstico de época, a ser realizado no contexto de distintas conjunturas social e política, poderiam não perdurar os argumentos moralizantes, não obstante a expressa previsão constitucional que, todavia, sempre reclama harmonização com os demais capítulos da Lei Fundamental, ante um ataque a partir de uma perspectiva que já foi chamada anteriormente de formalista, legalista ou simplesmente garantista.

Uma leitura singela da Constituição Federal, ou mesmo uma mais cuidadosa apreensão dos seus termos a partir de qualquer das orientações hermenêuticas manejadas nos dias que correm, sustentaria, sem maior dificuldade, a existência de várias inconstitucionalidades na Lei da Ficha Limpa.[23]

No entanto, muitos dos pontos controvertidos foram silenciados no debate público que antecedeu o julgamento do Supremo Tribunal Federal. As franquias constitucionais (frequentemente esquecidas pelos grandes meios de comunicação), por exemplo, não suscitaram um debate público mais robusto. Aliás, os meios de comunicação, em geral, sequer discutiram seriamente a legitimidade de muitos pontos da Lei da Ficha Limpa. Limitaram-se a defendê-la para proclamar a sua indiscutível bondade.

Comparativamente, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão sobre a questão da fidelidade partidária,[24] considerou que o debate sobre o tema se relacionava com os preceitos fundantes do conceito de democracia. No caso, a Corte decidiu que a infidelidade partidária pode levar à perda do mandato. O Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia Brasileira e o Democratas formularam, com base nas Resoluções do TSE, pedidos de declaração da vacância dos mandatos dos deputados federais que haviam mudado de partido. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu os requerimentos e contra essa decisão voltaram-se as agremiações, por meio de mandados de segurança impetrados perante o Supremo Tribunal Federal (MS nº 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; e MS nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia).

A Colenda Corte, por maioria, conheceu e denegou os mandados de segurança, tudo para confirmar a posição do Tribunal Superior Eleitoral estabelecida na resposta à Consulta nº 1.398. Naquela ocasião, restou assentado que os partidos políticos têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, salvo se, com justificativa legítima, o candidato eleito cancelar sua filiação partidária ou transferir-se para legenda diversa, a partir da data da Resolução do TSE. Do mesmo modo, estabeleceu-se que as hipóteses de perda de mandato por migração e desfiliação partidária voluntária

---

Seria, sim, uma conformação livre dos fins político-sociais enunciados na constituição" (CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 218); (ii) "'Ficha limpa' é qualquer cidadão que não tenha sido condenado por sentença judicial transitada em julgado. A Constituição do Brasil diz isso, com todas as letras. [...] Políticos corruptos pervertem, são terrivelmente nocivos. Mas só podemos afirmar que este ou aquele político é corrupto após o trânsito em julgado, em relação a ele, de sentença penal condenatória. Sujeitá-los a qualquer pena antes disso, como está na Lei Complementar nº 135 (Ficha Limpa), é colocar em risco o Estado de Direito. É isto que me põe medo. [...] O trânsito em julgado não é inatingível. Pode ser demorado, mas as garantias e as liberdades públicas exigem que os ritos processuais sejam rigorosamente observados" (GRAU. Lei da Ficha Limpa põe em risco o Estado de Direito. *O Estado de S. Paulo*).

[23] Em alusão à já clássica expressão de Eros Grau, lembra-se que: "Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele — do texto — até a Constituição. Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum" (*Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 113).

[24] Sobre o tema ver: CLÈVE. *Fidelidade partidária e impeachment*.

não configuram sanção, mas, antes, decorrência lógica do regime jurídico da fidelidade partidária. Nos termos da ementa da referida decisão, observe-se, no caso, uma postura claramente ativista do Tribunal:

> A normação constitucional dos partidos políticos — que concorrem para a formação da vontade política do povo — tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias — e somente a estas — o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. – A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo — fonte de que emana a soberania nacional — tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. [...] A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la".

Contudo, no papel de Guardião da Constituição, nem sempre o Supremo Tribunal Federal age de modo coerente.[25] Assim, no caso da "Ficha Limpa", não foi a tensão em torno do princípio democrático que pautou a decisão. Ela foi pautada, antes, pela necessidade da moralização da política no país. Provavelmente o fato de cuidar de uma lei de iniciativa popular pesou na definição do entendimento dos Ministros. Poder-se-ia dizer que, talvez exagerando, mas não muito, o espectro do poder popular acabou por "assombrar" o Supremo Tribunal Federal. A ementa do caso "Ficha Limpa" fala por si. A postura, agora, foi francamente deferente, de contenção:

> 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, §9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um

[25] "A defesa mais aberta de Kelsen do Tribunal Constitucional acontece quando o autor expõe as vantagens em se adotar este como protetor dos valores constitucionais, em que este não participaria do exercício do poder e não se colocaria antagonicamente em relação ao Parlamento ou o governo. O problema da teoria de Schmitt para Kelsen estaria em negar o antagonismo entre o Parlamento e o governo, o que incapacitaria o Chefe de Estado de sua tarefa de defesa da Constituição. E o dualismo entre Estado e sociedade (que pautaria a dualidade Parlamento-governo), sob o qual a interpretação de Schmitt se limitaria, seria extinto com a emergência de um Estado total" (LORENZETTO. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., p. 1936).

> colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.
> 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, §9º, da Constituição Federal.
> 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 não viola [*sic*] o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. [...] 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas.
> 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, §9º, da Constituição Federal.

Como a lei em questão não foi integralmente impugnada, há a chance de, uma vez esfriados os apelos populares, surgirem novos questionamentos sobre sua constitucionalidade. É de aguardar, no futuro, o afastar do olhar simplificado sobre a moralidade e, quem sabe, a adoção de compreensão mais sofisticada sobre o problema, embora sempre considerando que a moralidade política constitui matéria constitucional e pauta de extrema relevância.

O olhar prospectivo aponta, então, para uma possibilidade de correção das imprecisões técnicas da Lei da Ficha Limpa, aquelas violadoras de direitos fundamentais, mas também para a formulação de uma resposta institucional que seja adequada à continuidade do "choque de moralidade política" que o país precisa e que a Constituição exige.

6.3 As razões da democracia

O Estado de Direito, com origem reconhecidamente liberal, marca a identidade das Constituições modernas. Ora, todos sabem que não há verdadeiro Estado de Direito sem (i) a submissão de todos, com igualdade, ao *império da lei*, (ii) a *divisão de poderes* e (iii) *a proclamação e garantia dos direitos fundamentais*.[26]

Ora, o constitucionalismo, mesmo aquele mais recente proclamador também dos direitos sociais e da igualdade material, é visto, muitas vezes, por esta ou por aquela escola, como uma doutrina antidemocrática. É que função importante da Constituição consiste em afastar algumas decisões do processo democrático, ou seja, proibir que a maioria possa, em seu proveito, desprezar o arcabouço constitucional e institucional estabelecido por gerações anteriores. Em outro extremo, a democracia restaria presa

[26] SILVA. *Poder constituinte e poder popular*, p. 115. No mesmo sentido entende Michel Rosenfeld que: "There appears to be no accepted definition of constitutionalism but, in the broadest terms, modern constitutionalism requires imposing limits on the powers of government, adherence to the rule of law, and the protection of fundamental rights" (Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. *In*: ROSENFELD. *Constitucionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives, p. 3).

em uma espécie de camisa de força constitucional, caso a perspectiva constitucionalista não implicasse a emergência de tensões políticas.[27]

A separação de poderes constitui um dos pilares do constitucionalismo moderno, todos sabem. Porém, o princípio usualmente é apreendido exclusivamente em uma perspectiva negativa, como um meio de obstar interferências entre os poderes.[28] Em outra perspectiva, Stephen Holmes demonstra que a percepção negativa da disciplina constitucional obscurece os propósitos positivos do desenho institucional. Resultaria útil, como corretivo da ideia convencional, conceber a separação de poderes também como uma forma de divisão do trabalho, da qual deriva uma distribuição e uma organização mais eficientes das funções governamentais.[29]

Segundo Holmes, a separação de poderes, ao contrário do que muitos podem pensar, ajuda a realçar as condições de um governo com sensibilidade popular. É que o princípio assegura que as preocupações do cidadão ordinário sejam representadas no processo legislativo.[30] Logo, o arranjo constitucional com poderes divididos teria o condão de exigir do governo um cuidado com a opinião pública maior do que aquele encontrado em regimes cuja legitimidade é erigida a partir de um único ramo do poder político.

Ora, a democracia não pode ser vista como o simples "governo do povo". De fato, o ideal democrático do governo do povo tem, na regra da maioria, um instrumento de significação indisputável. Como anota Celso Fernandes Campilongo: "Nas condições de fragmentação, dissenso e complexidade do mundo contemporâneo, o princípio da maioria, por suas feições não discriminatórias e igualitárias, transforma-se na condição necessária, quando amplamente extensivo a todo o povo, para a aproximação entre governantes e governados".[31] Porém, assumir o critério majoritário como único norte a ser seguido implica sérios riscos. É que, sendo ele necessário, não pode ser aceito como condição suficiente para a caracterização da democracia,[32] pelo menos da democracia constitucional. Questões, como (i) quais são as pessoas legitimadas para compor o processo de decisão, (ii) quais temas podem ser debatidos pelo povo, (iii) com quais limites e, por fim, (iv) como *traduzir* a manifestação popular, complementam a regra da maioria.[33]

---

[27] A superação dessa dicotomia pode ser vislumbrada da seguinte maneira: "É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social" (SILVA. *Poder constituinte e poder popular*, p. 127).

[28] "For instance, although in the United States the separation of powers and federalism continue to provide the principal structural constraints on unchecked democratic power, they have undergone important changes since their implantation over two hundred years ago. One notable change in the separation of powers area is the relatively dramatic increase in the powers of the President — particularly in foreign affairs — at the expense of those of Congress" (ROSENFELD. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity, p. 12).

[29] HOLMES. El precompomiso y la paradoja de la democracia. *In*: ELSTER; SLAGSTAD. *Constitucionalismo y democracia*, p. 249.

[30] HOLMES. El precompomiso y la paradoja de la democracia, p. 251.

[31] CAMPILONGO. *Direito e democracia*, p. 41.

[32] CAMPILONGO. *Direito e democracia*, p. 43.

[33] "Diversas situações práticas põem em dúvida o caráter democrático da regra da maioria. O maior número pode decidir pela supressão dos direitos da minoria? Maiorias circunstanciais, mesmo quando expressivas, têm legitimidade para deliberar sobre matéria impossíveis de serem revistas no futuro? A regra da maioria só é aplicável à esfera pública? A noção de igualdade inerente ao princípio majoritário é realista? Os direitos humanos são passíveis de apreciação plebiscitária? Seguem-se novas aporias" (CAMPILONGO. *Direito e democracia*, p. 49).

Diante disso, Holmes entende que a democracia é o governo do povo por certos canais preestabelecidos, de acordo com certos procedimentos predeterminados e seguindo certas normas eleitorais definidas com anterioridade.[34] Holmes está certo.

Nesse ponto é oportuno recorrer ao pensamento de Amartya Sen, para quem a ideia de justiça e a prática da democracia estão conectadas. Esta é vista como o governo por meio do debate, ou seja, da prática deliberativa na qual os cidadãos expõem e discutem seus argumentos sobre temas políticos:

> O mais importante é observar que a totalidade dessas novas contribuições ajudou a trazer o reconhecimento geral de que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública. [...] Se as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública, e se essa argumentação está constitutivamente relacionada com a ideia de democracia, então existe uma íntima conexão entre a justiça e a democracia, que partilham características discursivas.[35]

Sen concorda com a importância do voto secreto, inclusive como expressão dessa prática discursiva pública, embora observe que ele constitui apenas um dos modos de manifestação da razão pública. Aduz que a liberdade democrática, para além da expressão da preferência por meio do sufrágio, também se realiza de outras formas, inclusive com a promoção da justiça social por meio da adoção de políticas melhores e mais justas, o que demanda, convém reconhecer, um acentuado grau de participação dos cidadãos nas discussões que se travam no espaço público.[36]

Para muitos, uma perspectiva republicana da construção política, como resultado de uma ampla participação pública no processo governamental, decorrente da emergência de uma cidadania verdadeiramente ativa, comprometida com as virtudes cívicas, já seria suficiente para o robustecimento do compromisso democrático.

Não é esse, porém, o pensamento de Roberto Mangabeira Unger, para quem é imperiosa a reconstrução democrática do projeto democrático.[37] O experimentalismo democrático de Unger projetar-se-ia sobre todos os campos da vida social, com o fortalecimento da política a partir de uma democracia de "alta energia".

A doutrina de Unger, embora sedutora, é por demais exigente. Temos que o Estado brasileiro haverá de ser democrático (uma democracia permanentemente reinventada), projetando um valor que merece estar presente igualmente no corpo societário. Tratando-se de uma Constituição aberta, conquanto aponte, como objetivo fundamental da República, entre outros, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há lugar para o fundamentalismo, para a intolerância, para o suprimir da argumentação do outro ou para a compressão da alteridade. Ao contrário, no contexto da Constituição brasileira, há lugar para o livre fluxo das ideias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública, para a formação de uma razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Aparece aqui, com toda a sua força, a importância da liberdade de imprensa, de expressão, de pensamento, de comunicação. Mais do que isso, aparece aqui, também,

---

[34] HOLMES. El precompomiso y la paradoja de la democracia, p. 253.

[35] SEN. *A ideia de justiça*, p. 360.

[36] SEN. *A ideia de justiça*, p. 386.

[37] UNGER. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, p. 58.

a importância da compreensão do eleitorado como integrado por cidadãos maduros, adultos, desnecessitados de tutela envolvendo a sua liberdade de escolha.

Com a consciência de que a democracia é aberta para a *natalidade*, para a criação do novo, e *perfectível*, suscetível de aperfeiçoamento contínuo, também importa considerar que ela se constitui como governo por discussão pública, não sendo suficiente, portanto, a imposição da vontade majoritária.

Temas como o desacordo público são essenciais para o robustecimento do processo democrático. O direito à oposição substancia, então, norma fundamental, aportando um requisito essencial para a formação de uma opinião pública democrática. Insista-se que a participação política do povo na tomada da decisão a propósito dos rumos das instituições públicas é indispensável, porém insuficiente. Deve haver alguma garantia de que o processo deliberativo seja mantido, que o diálogo continue, não sendo obstado pela vontade da maioria. Daí a indispensabilidade das "amarras" constitucionais.

Convém nesta altura lembrar Cass Sunstein para quem, prestando-se os direitos fundamentalmente para a proteção de certas posições jurídicas diante da vontade majoritária, desempenham eles, também, outras funções, como a que se identifica com a proteção da própria democracia, bastante evidente nos casos da liberdade de expressão e de informação.[38]

Em suma, não é possível entender de maneira fragmentada as tradições que conformam o desenho institucional brasileiro. Se, por um lado, floresce demanda pelo robustecimento do republicanismo, das virtudes cívicas, da moralidade pública, por outro lado, as tradições liberal e democrática também presentes em nosso constitucionalismo não podem ser esquecidas.

Isso tudo está a indicar que temas políticos de alta tensão, como o caso da Ficha Limpa, não podem ser resolvidos a partir de uma tomada de posição ortodoxa, desatenta à complexidade inerente a uma normativa constitucional compromissória.

Não há como negar que, no contexto sociopolítico no qual apareceu a Lei Complementar nº 135/2010, a busca pela moralização da política acabou por ganhar voz e peso determinantes, ainda que seus resultados práticos, para além dos efeitos simbólicos,[39] não possam ser antecipados. Não se sabe se a "Lei da Ficha Limpa" terá o potencial efetivo para regenerar o quadro político brasileiro, embora este pareça constituir o anseio popular.[40]

6.4 Caminhando para a conclusão – Exigência constitucional, Lei da Ficha Limpa e paternalismo libertário

Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein propõem, em obra conjunta intitulada *Nudge*, uma arquitetura de escolhas. Segundo os autores, um arquiteto de escolhas teria como

---

[38] SUSNTEIN. Constituciones y democracias: epílogo. *In*: ELSTER; SLAGSTAD. *Constitucionalismo y democracia*, p. 345.

[39] Sobre a constitucionalização simbólica conferir livro de Marcelo Neves: *A constitucionalização simbólica*.

[40] O seguinte alerta de Eros Grau, entretanto, merece ser lembrado: "Grandes apelos populares são impiedosos, podem conduzir a chacinas irreversíveis, linchamentos. O Poder Judiciário existe, nas democracias, para impedir esses excessos, especialmente se o Congresso os subscrever. [...] Temo, seriamente, de verdade. O perecimento das democracias começa assim. Estamos correndo sérios riscos. A escalada contra ela castra primeiro os direitos políticos, em seguida as garantias de liberdade. Pode estar começando, entre nós, com essa lei. A seguir, por conta dessa ou daquela moralidade, virá a censura das canções, do teatro. Depois de amanhã, se o Judiciário não der um basta a essa insensatez, os livros estarão sendo queimados, pode crer" (Lei da Ficha Limpa põe em risco o Estado de Direito. *O Estado de S. Paulo*).

responsabilidade organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões.[41] Afirmam que muitas pessoas cumprem o papel de "arquitetas de escolhas", embora nem sempre percebam isso.

Defendem um "paternalismo libertário",[42] não autoritário, portanto, no qual a perspectiva libertária da proposta se funda no entendimento de que as pessoas são livres para a definição de suas escolhas, cabendo, todavia, ao Poder Público, a tarefa de orientá-las para prevenir aquelas cujos resultados são ou podem ser indesejáveis.

A tentativa de combinar o aspecto *libertário* com o *paternalismo* visa, aduzem os autores, à preservação da liberdade. O paternalismo libertário seria, então, um "paternalismo fraco", não intrusivo, pois as escolhas feitas pelas pessoas não são bloqueadas ou obstruídas.[43]

Logo, deduzem ser possível orientar as escolhas das pessoas, particularmente naquelas situações nas quais podem elas trazer sérias consequências pessoais ou coletivas. Nestes casos, o Poder Público atua por meio de uma "cutucada" (*nudge*), um "empurrão", um auxílio com informações valiosas, visando a orientar a escolha a ser realizada.

Supondo ser isso possível entre nós, uma lista dos candidatos com problemas junto à justiça, ou que demonstre seu desempenho político no exercício dos cargos públicos, constituiria um modo de informar aos eleitores, constituindo exemplo de "paternalismo fraco". Procura-se explicitar a condição daqueles que almejam se tornar representantes políticos, sem, contudo, impedir as respectivas candidaturas ou expropriar a capacidade decisória do eleitor. Para o proveito da autonomia dos sujeitos, a mão autoritária e tutelar do Estado deixa de operar.

A "Lei da Ficha Limpa" adota um paternalismo forte, afastando, através da inelegibilidade, a possibilidade de participação de determinadas pessoas no jogo político, o que implica, também, nessas hipóteses, expropriação da liberdade de escolha do eleitor. É verdade que há previsão constitucional. Portanto, a lei complementar deriva de uma escolha do Constituinte que não pode ser afastada. Mas o legislador, ao cumprir a determinação constitucional, poderia ter legislado de forma mais cuidadosa, menos invasiva. A quem, afinal, a "ficha limpa" protege? Aqueles eleitores que, na busca de "choque de moralidade" no campo político, demandaram ao Legislativo e obtiveram a proibição da candidatura de determinadas pessoas, conferindo uma interpretação forte — paternalista, mas não libertária — da disposição constitucional que prevê "a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato"? Será isso bom para o robustecimento do nosso sistema democrático? O resultado não poderá ser exatamente o contrário? É correto, afinal, manter o corpo eleitoral numa condição de tutela e menoridade? Sendo a Constituição paternalista nesse ponto, não poderia o Legislador ser mais cuidadoso? E o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da constitucionalidade da lei, precisava mesmo ser tão deferente, logo ele que em outros casos, bastante menos graves, foi tão ativista?

Aquilo que está implícito na Lei Complementar nº 135/2010 é a falibilidade humana, o entendimento de que, ao realizar escolhas, as pessoas podem escolher errado, tomando decisões contraintuitivas. De fato, nem todos possuem compreensão, tempo

---

41 THALER; SUNSTEIN. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa, p. 3.

42 Proposta apresentada originariamente em: SUNSTEIN; THALER. Libertarian Paternalism is not an oxymoron. *The University of Chigaco Law Review*, p. 1159-1202.

43 "Libertarian paternalism is a relatively weak and nonintrusive type of paternalism, because choices are not blocked or fenced off" (SUNSTEIN; THALER. Libertarian Paternalism is not an oxymoron, p. 1162).

e disposição para refletir adequadamente sobre as escolhas que devem realizar. Por isso, segundo a teoria de Thaler e Sunstein, as pessoas seriam "orientáveis",[44] ou seja, poderiam ser informadas para melhor decidirem.

Identifica-se como um problema, no que tange à formulação das decisões — e a preocupação, aqui, trata de como as pessoas escolhem seus candidatos —, aquilo que Thaler e Sunstein chamam de "ignorância pluralista",[45] segundo a qual o desconhecimento por parte significativa da população sobre o que as outras pessoas pensam leva ao seguimento do "bando". Reitera-se um comportamento, não em virtude da existência de motivos racionais ou para a maximização da felicidade, mas apenas para seguir a maioria.

Diversas práticas sociais sustentam-se nessa razão simples, razão pela qual uma "cutucada" poderia fazer com que as pessoas vissem o mesmo fenômeno com lentes diferentes. Pense-se, em termos nacionais, no "medo" de "perder o voto" de considerável parte da população, o que supõe a resistência em votar em candidatos que, à luz das pesquisas eleitorais, dificilmente serão eleitos. De fato, a voz que prevalece é a do "bando", de um pragmatismo pobre. O mesmo se aplicaria aos fenômenos da permanência extremamente prolongada de certas famílias no mundo político, em virtude dos votos garantidos pela "tradição" (em sentido weberiano) dos nomes.

Para o "paternalismo libertário", não há como fugir da arquitetura de escolhas e de seus efeitos. Por isso, a teoria propõe a adoção de políticas de informação e orientação para a tomada de decisões:

> Ao enfatizar os efeitos da elaboração de planos nas escolhas, esperamos estimular os elaboradores de planos a se informar mais. E, ao defender uma verificação libertária dos planos ruins, esperamos criar uma forte salvaguarda contra planos mal analisados e com motivações ruins. Na medida em que o interesse individual é uma ferramenta saudável para controlar os planejadores, a liberdade de escolha é um importante corretivo.[46]

O princípio que rege o "paternalismo libertário" coloca-se no sentido de auxiliar as pessoas menos favorecidas, com menor conhecimento, não implicando, ao contrário de outras técnicas de intervenção, um custo elevado para aquelas pessoas que já dispõem do conhecimento suficiente para a definição de suas escolhas.

Talvez as lições do paternalismo libertário possam, com o tempo, ser incorporadas à nossa experiência, tão contaminada por iniciativas legislativas autoritárias, embora muitas vezes bem intencionadas, voltadas à satisfação de finalidades públicas ou sociais altamente meritórias. No caso da exigência plasmada no art. 14, parágrafo 9º, da Constituição, não há dúvida de que o legislador satisfez o comando constitucional, entretanto, atuando em várias hipóteses com excesso, em particular ao introduzir novas causas de inelegibilidade que não se ajustam de modo confortável com as vertentes liberal e democrática da nossa Lei Fundamental. Talvez pudesse o Legislador, nessas situações excedentes daquilo que foi estritamente exigido pelo Constituinte e que compõe, aceite-se, hipótese de inevitável paternalismo constitucional, seguir as veredas sugeridas pela doutrina do paternalismo libertário, para desenhar, com experimentalismo imaginativo, política pública voltada a oferecer ao eleitor as informações e o

[44] THALER; SUNSTEIN. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa, p. 40.
[45] THALER; SUNSTEIN. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa, p. 63.
[46] THALER; SUNSTEIN. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa, p. 262.

empurrãozinho suficientes para uma mais aprimorada tomada de decisão, tudo porém num quadro de orientação com respeito e consideração, sem tutela e, portanto, sem expropriação do poder decisório do cidadão eleitor.

Referências

AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Manual das eleições*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária e impeachment*: estudo de caso. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form *versus* weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitucional Law*, Oxford, v. 5, p. 391-418, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. *In*: WALDRON, J. *Theories of Rights*. Oxford: University Press, 1984. p. 153-167.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Lei da Ficha Limpa põe em risco o Estado de Direito. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 03 ago. 2010.

HOLMES, Stephen. El precompomiso y la paradoja de la democracia. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho*: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Bogotá: Legis, 2012.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ROSENFELD, Michel. Modern Constitutionalism as Interplay between Identity and Diversity. *In*: ROSENFELD, Michel. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: Theoretical Perspectives. Durham; London: Duke University Press, 1994.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 388.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at Time*: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism is not an oxymoron. *The University of Chigaco Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNGER. Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 257, Rio de Janeiro, maio/ago. 2011.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

EXPULSÃO DO PARTIDO POR ATO DE INFIDELIDADE E PERDA DO MANDATO[1]

A fidelidade partidária constitui tema recorrente no cenário do direito eleitoral brasileiro. O atual sistema referente à fidelidade partidária, depois das recentes decisões do STF e do TSE, mais à frente em notas referidas, comporta duas dimensões que, de fato, parecem incoerentes. Há, portanto, no presente ordenamento jurídico brasileiro dois tratamentos para a fidelidade partidária. O caso da infidelidade partidária contemplado no art. 17, §1º, da Constituição Federal, foi objeto de estudo anterior.[2]

Tendo a Justiça Eleitoral e o Colendo Supremo Tribunal Federal decidido que a mudança injustificada de agremiação política implica a perda do mandato, nos termos do novo entendimento acerca da matéria, cumpre verificar se a expulsão de partido político por ato de infidelidade implicaria, também, agora, hipótese de decretação de perda do mandato. Cuida-se disso a seguir.

Deveras. De um lado se encontra a fidelidade partidária considerada na dimensão exigente de lealdade ao estatuto, programa e diretrizes legitimamente estabelecidos pelo partido, tal como disciplinado no art. 17, §1º, da Constituição, implicante, no caso de descumprimento, de sanção aplicada pela própria agremiação política. Esta dimensão da fidelidade não se confunde com aquela, ultimamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral, em função de mutação de antiga orientação jurisprudencial, presente de modo implícito na Constituição como mera decorrência do sistema representativo, segundo o entendimento daquelas Colendas Cortes, que autoriza a perda do mandato, decretada pela Justiça Eleitoral, sendo ela para tanto provocada nas hipóteses de cancelamento de filiação ou mudança de partido sem justa causa.

A Constituição Federal, ante o disposto no art. 17, §1º, confere aos partidos políticos autonomia para a definição de seu desenho interno, definindo sua organização e funcionamento. Disso, decorre a possibilidade de os partidos apresentarem suas próprias disposições normativas no sentido de regular a sua estrutura e funcionamento. Aquilo que está implícito nesta liberdade é a autonomia para a formação de uma ordem interna democrática.[3]

---

[1] Texto originalmente publicado na Revista *Paraná Eleitoral*, v. 1, p. 161, 2012. Agradeço ao Advogado Ms. Bruno Meneses Lorenzetto pela colaboração na redação deste trabalho.

[2] Cf. CLÈVE. *Fidelidade partidária*; CLÈVE. *Fidelidade partidária e impeachment*.

[3] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 407.

Porém, se por um lado é garantida a referida liberdade para a organização dos partidos, não há previsão constitucional expressa para a perda do mandato por infidelidade partidária. Haverá perda do mandato, entretanto, na circunstância de cancelamento da filiação partidária ou troca de partido pelo mandatário, inocorrente hipótese de justa causa. Manifesta-se, aqui, um segundo tipo de fidelidade partidária, insuscetível de autorizar sanção, constituindo, portanto, a perda do mandato decretada pela Justiça Eleitoral, nos termos do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, autêntica mutação constitucional, mera consequência do nosso modelo de democracia representativa fortemente marcada pelo monopólio partidário das candidaturas aos cargos eletivos. A Constituição não trata, expressamente, — reitere-se —, deste segundo tipo de fidelidade. Cuidaria, entretanto, implicitamente nos termos da nova orientação jurisprudencial a propósito da matéria.[4]

---

[4] Recentes manifestações do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal proporcionaram novo entendimento ao tema da fidelidade partidária. Cabe, então, delinear cenário em que a questão se apresenta atualmente. Em *27 de março de 2007*, o *TSE*, inaugurando nova orientação, concluiu que o mandato pertence ao partido político e não ao parlamentar. Assim, em relação a deputados federais, deputados estaduais e vereadores, *a migração partidária pode ser punida com a perda do mandato*. O entendimento foi exarado na resposta à Consulta nº 1.398. O pronunciamento causou alarde por sua inovação, originando a *Resolução nº 22.526*, de 27 de março de 2007. Na ocasião o Ministro Cezar Peluso afirmou "que os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificação nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou e transferência de candidato eleito para outra legenda". Nesse viés, concluiu que a relação entre candidato e partido deve manter-se enquanto perdurar o mandato partidário assumido pelo representante sob os auspícios do partido. Isso porque o mandato teria caráter inequivocamente partidário. Afirmou o Ministro: "Afere-se, aqui, não a fidelidade partidária, mas a *fidelidade ao eleitor*!". O único voto vencido foi subscrito pelo Ministro Marcelo Ribeiro. Sua tese baseou-se na inexistência de norma constitucional ou infraconstitucional que determine a perda do mandato por mudança de partido. Em *01 de agosto de 2007*, o TSE novamente se pronunciou sobre o tema, mediante a *Resolução nº 22.563*. A Consulta nº 1.423 foi formulada nos seguintes termos: "[...] os Deputados Federais e Estaduais que trocaram de Partido Político que os elegeram e ingressarem em outro Partido da mesma coligação, perdem os seus respectivos Mandatos Legislativos?". Por unanimidade, os Ministros reiteraram que "O mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde ao ingressar em novo partido", ainda que da mesma coligação. Também por meio da *Resolução nº 22.580*, de 30 de agosto de 2007, o TSE indicou que mesmo sendo a migração para partido da mesma coligação, o parlamentar perde o mandato. Após esses precedentes, sobreveio novo posicionamento do *Supremo Tribunal Federal*. Em *04 de outubro de 2007*, a Corte decidiu que *a infidelidade partidária pode levar à perda do mandato*. O Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia Brasileira e o Democratas formularam, com base nas Resoluções do TSE, pedidos de declaração da vacância dos mandatos dos Deputados Federais que haviam mudado de partido. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu os requerimentos e contra essa decisão voltaram-se as agremiações, por meio de mandados de segurança impetrados perante o Supremo Tribunal Federal (MS nº 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; e MS nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia). O Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu os mandados de segurança e denegou a ordem, confirmando a posição do Tribunal Superior Eleitoral proferida na resposta à Consulta nº 1.398. Como visto, naquela ocasião restou assentado que os partidos políticos têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional se, salvo justificativa legítima, o candidato eleito cancelar sua filiação partidária ou transferir-se para legenda diversa, a partir da data da Resolução do TSE. Do mesmo modo, estabeleceu-se que essas hipóteses de perda de mandato por migração e desfiliação partidária voluntária não configuram sanção, mas sim decorrência lógica do regime jurídico da fidelidade partidária. Em *16 de outubro de 2007*, pouco depois do referido pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o *Tribunal Superior Eleitoral* voltou a se manifestar sobre o tema. Mediante nova reflexão, os Ministros do TSE definiram que *senadores, prefeitos, vice-prefeitos, governadores, vice-governadores, presidente da República e vice-presidente que mudarem de legenda após as eleições também podem perder seus mandatos*. O entendimento restou gravado na *Resolução nº 22.600* do TSE, fruto da Consulta nº 1.407. Com base nos entendimentos aqui listados, em 25 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral aprovou *a Resolução 22.610, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária*. O *Supremo Tribunal Federal*, em *12 de novembro de 2008*, ao julgar improcedentes duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 3.999 e 4.086) que impugnaram as Resoluções nºs 22.610 e 22.733 do TSE — as quais disciplinam o processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, bem como de justificação de desfiliação partidária — reconheceu a *validade das regras criadas pela Justiça Eleitoral*, até que o Congresso edite lei definindo os procedimentos para a migração partidária.

Nos termos da Constituição de 1988, como aliás, das anteriores, a democracia brasileira, ao lado das técnicas de participação direta da cidadania, erige-se a partir do conceito de mandato representativo. Ora, como preleciona José Afonso da Silva, o

> [...] mandato se diz político-representativo porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa. É denominado mandato representativo para distinguir-se do mandato de direito privado e do mandato imperativo. O primeiro é um contrato pelo qual o outorgante confere ao outorgado poderes para representá-lo em algum negócio jurídico, praticando atos em seu nome, nos termos do respectivo instrumento (procuração); nele o mandatário fica vinculado ao mandante, tendo que prestar contas a este, e será responsável pelos excessos que cometer no seu exercício, podendo ser revogado quando o mandante assim o desejar. O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teria que seguir nas assembléias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo. O mandato representativo é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade [...]. Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; é geral, livre, irrevogável em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário.[5]

No Brasil, portanto, é possível afirmar que o exercício do mandato decorre dos poderes conferidos pela Constituição, capazes de garantir a autonomia do mandatário que vai sujeitar-se aos ditames de sua consciência, ao programa partidário e às diretrizes *legítimas* estabelecidas pelo partido através de *órgão competente*. O mandato, portanto, compondo espécie de condomínio, é, a um tempo, do partido e do parlamentar, ou melhor, é do parlamentar em função do partido, sendo certo que o representante eleito, observado o estatuto e programa partidários, assim como as diretrizes estabelecidas com base neles, mantendo lealdade, o exerce com ampla margem de liberdade.[6]

É a opção pelo mandato representativo que atrela o exercício da representação com as "exigências deliberativas" do Estado Democrático Constitucional. Não haveria espaço para deliberação democrática na vigência do mandato imperativo. Todavia, e esse é um risco, a forte configuração do regime de fidelidade partidária pode conduzir a prática representativa para o sistema do mandato imperativo. Para Eneida Desiree Salgado: "Essa concepção de Parlamento como órgão de deliberação não se coaduna com um mandato vinculado, em que os representantes políticos recebem instruções, de seu eleitorado ou do seu partido, e manifestam-se estritamente no sentido predeterminado, sendo impossibilitados de refletir sobre os outros argumentos apresentados.[7]

---

[5] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 138-139. Para Nelson de Sousa Sampaio, a vedação do mandato imperativo constitui traço essencial do sistema representativo moderno de matriz pluralista. SAMPAIO. Perda de mandato por infidelidade partidária? *Revista de Informação Legislativa*, p. 145. O regime constitucional da representação partidária implica na vedação do mandato imperativo. Caso contrário, os representantes não seriam "livres para tomar as decisões políticas de acordo com suas próprias consciências".

[6] Há quem defenda, todavia, que o mandato pertença exclusivamente ao partido político. ARAS. *Fidelidade partidária*: a perda do mandato parlamentar, p. 84; VELLOSO; AGRA. *Elementos de direito eleitoral*, p. 90; MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 789.

[7] SALGADO. *Princípios constitucionais eleitorais*, p. 71.

Assim, no tocante à fidelidade partidária, há uma tensão que envolve (i) a natureza do mandato (princípio da democracia representativa), (ii) a liberdade de consciência (direito fundamental) e, finalmente, (iii) o princípio da fidelidade partidária, considerada esta enquanto atitude leal ao programa partidário. Cumpre encontrar solução prestante de deferência simultânea aos termos em tensão. Deve o intérprete, portanto, manejando técnica adequada (concordância prática ou ponderação), harmonizar ou resolver o quadro de tensão. Por isso, a fidelidade partidária não pode ser aplicada de qualquer modo, significando a vulneração dos demais termos da equação referidos.

A violação da primeira dimensão, observado o devido processo legal, autoriza a aplicação de sanção, inclusive a expulsão se prevista nas disposições normativas internas do partido. Substancia, portanto, hipótese de infidelidade-sanção. No segundo caso não haveria propriamente emergência de sanção, pretende a nova orientação jurisprudencial, mas antes perda do mandato por exigência do sistema.

José Afonso da Silva, mesmo depois das decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que operaram o giro jurisprudencial referido, mantém a doutrina no sentido de que a expulsão do partido por ato de infidelidade não importa em perda do mandato.[8] Em sentido distinto manifesta-se Augusto Aras, para quem, não apenas a migração, mas já a infração tipificada, no estatuto partidário, como ato de infidelidade passível de expulsão, importa, sim, em perda do mandato.[9] José Afonso da Silva está certo.

Aliás, das manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral que operaram a transmutação do entendimento anteriormente esposado a propósito da perda do mandato do agente político trânsfuga, não há nada que autorize a suposição de que idêntica compreensão alcançaria a hipótese de infidelidade, tomada como caracterizando sanção, contemplada no art. 17 da Lei Fundamental. Logo, da leitura dos votos é possível divisar uma apartação entre as dimensões distintas da infidelidade. Uma primeira, cumpre dizer, incidente sobre os casos de migração partidária despida de causa justificadora aceitável, importando em perda do mandato, não como sanção, mas como simples decorrência do sistema representativo.[10] Uma segunda, incidente sobre o mundo partidário, conferindo ao partido autonomia para, por seu

---

[8] É o que se extrai da seguinte assertiva: "Os estatutos dos partidos estão autorizados a prever sanções para os atos de indisciplina e infidelidade, que poderão ir da simples advertência até a exclusão. Mas a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e s suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo" (SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 408). Compartilham esse entendimento: SALGADO. *Princípios constitucionais eleitorais*, p. 129-144; e CALIMAN. *Mandato parlamentar*: aquisição e perda antecipada, p. 192.

[9] ARAS. *Fidelidade partidária*, p. 342; Também adota esta posição: ROLLEMBERG. A expulsão como causa de pedir da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária.

[10] Todavia, cabe lembrar aqui a advertência sugerida por Eneida Desiree Salgado, no sentido da impossibilidade de se negar o caráter de sanção à perda do mandato. À reprovabilidade da conduta infiel está ligada uma consequência danosa. Materialmente, portanto, a sanção estaria configurada. "Afirmar que a perda de mandato por infidelidade partidária não constitui sanção para poder extraí-la do sistema como sua decorrência lógica, não parece, de maneira alguma, coadunar-se com a compreensão jurídica e social dessa consequência. Ainda que os pronunciamentos jurídicos tenham evitado o termo cassação, essa é a palavra utilizada para se referir aos mandatários infiéis. E certamente esse é o sentimento do representante político que é afastado do mandato, apensar do texto constitucional" (*Princípios constitucionais eleitorais*, p. 137). Acrescente-se, ainda, que o regime de defesa adotado pela Resolução nº 22.610 (garantia do devido processo legal) no processo de perda do mandato por desfiliação partidária, apenas faz sentido em face da aplicação de uma sanção. "Se fosse exercício de direito, ao ilícito, sacrifício de direito ou renuncia tácita, não haveria porque cercar a produção de seus efeitos destas garantias" (*Princípios constitucionais eleitorais*, p. 138).

estatuto, tipificar condutas desviantes de natureza disciplinar, passíveis de aplicação de penalidades, entre elas, nos casos mais graves, daquela de expulsão. Aqui, sim, haveria uma sanção, autorizada pela normativa constitucional, aplicada pelo partido. A mutação jurisprudencial alcançaria apenas a infidelidade do trânsfuga, mas não aquela do indisciplinado. Neste caso, os arts. 15 e 55 da Constituição, tratando-se de parlamentar, impediriam a perda do mandato em razão de expulsão do partido.[11] De modo que, em relação à hipótese, continuaria válido o antigo entendimento doutrinário sintetizado por André Ramos Tavares:

> Os atos de infidelidade ou indisciplina podem redundar até na exclusão do infrator do partido. Para tanto, haverá de constar a hipótese do próprio estatuto partidário em questão. Isso significa, portanto, que as conseqüências só poderão ser de âmbito interno (daí poder falar em liberdade partidária como circunscrita a esse âmbito). Como conseqüência, no caso de infidelidade ou indisciplina partidária de candidato já eleito, não haverá a perda do respectivo mandato. Aliás, para tanto, a hipótese haveria de constar do rol indicado no art. 16 da CF.[12]

Nesse sentido se pronuncia Joel J. Cândido:

> Conforme o art. 22 da Lei nº 9.096, de 19.09.1995 (LPP), a expulsão, inclusive, dá ensejo ao cancelamento imediato da filiação partidária. O processo disciplinar interno, que aplica essa sanção ao filiado, dar-se-á na forma prevista no Estatuto Partidário. Ultimada legalmente a expulsão, o filiado expulso, se vier a se filiar a outra sigla, ainda que após a data limite [...], não estará sujeito ao processo de retomada do mandato eletivo [...].[13]

Aproveita o autor, inclusive, para, com razão, alertar que a agremiação política que decidir pela expulsão de um filiado titular de mandato haverá de levar em conta o fato de que não poderá, nos termos da Resolução TSE nº 22.610/2007, que dispõe sobre o tema, aforar medida objetivando a retomada do mandato eletivo tal como ocorreria na circunstância de infidelidade decorrente de transfugismo.[14]

---

[11] Do primeiro pronunciamento do TSE sobre a questão da fidelidade partidária (Resolução nº 22.526, de 27 de março de 2007, em resposta à Consulta nº 1.398), já restava evidenciado a circunscrição do novel regime aos casos de infidelidade que tratavam de migração partidária (transfugismo voluntário). Do voto do Ministro Cezar Peluso se extrai essa limitação: "os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, *quando, sem justificação nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou e transferência de candidato eleito para outra legenda*". Como o candidato é eleito por meio do partido, o patrimônio dos votos no sistema proporcional é atributo do partido, e não do candidato. A prescrição dessa fronteira é materilizada na Resolução nº 22.610, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária. Conforme a Resolução, a desfiliação partidária sem justa causa é a única hipótese hábil a ensejar ação de perda de mandato (art. 1º, *caput*). Como visto, também na ocasião dos mandados de segurança (nºs 26.602, 26.603, 26.604) e das ADIs (nºs 3.999 e 4.086) restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que os partidos políticos têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral se, salvo justificativa legítima, o candidato eleito cancelar sua filiação partidária ou transferir-se para legenda diversa, a partir da data da Resolução do TSE.

[12] TAVARES. *Curso de direito constitucional*, p. 708. Em edição mais recente, contudo, o autor adota entendimento proveniente da mutação constitucional sobre fidelidade partidária, admitindo a perda do mandato na hipótese de transfugismo (*Curso de direito constitucional*, p. 831-832).

[13] CÂNDIDO. *Direito eleitoral brasileiro*, p. 634.

[14] Nas palavras do autor: "o Partido Político que expulsar um filiado titular de mandato eletivo já saberá, de antemão, que não poderá usar mais esta ação contra ele, para a retomada de seu mandato eletivo (além da pena disciplinar de expulsão que já lhe impôs), ressalvada, por certo, a eventual existência, no Estatuto Partidário, de fundamento outro, e de via processual diversa, que isso à sigla assegure" (CÂNDIDO. *Direito eleitoral brasileiro*, p. 635).

Conclui-se, diante do exposto, que a expulsão por deslealdade tipificada como infração disciplinar nos termos da disposição estatutária, sendo causa para o cancelamento da filiação, não é, todavia, para a perda do mandato. A conclusão pode trazer certa dose de desconforto. Afinal, parece manifestar-se no caso alguma incoerência na disciplina jurídica da infidelidade. O transfugismo voluntário acarreta a perda do mandato. Aquele involuntário, entretanto, operado pela expulsão, não autoriza idêntica consequência. Mas o direito, é preciso convir, nem sempre é coerente. Coerência no caso poderá ser recobrada ou por novo giro hermenêutico concretizado pela jurisdição a conferir nova carga de significação ao disposto nos arts. 15, 17 e 55 da Constituição ou por conta de reforma constitucional. Enquanto isso não ocorre, o quadro se manifesta tal como acima apresentado.

E se a sanção de expulsão for aplicada no ano anterior à determinada eleição, de modo que não haja mais tempo para a satisfação da exigência temporal de filiação partidária definida no art. 18 da Lei dos Partidos Políticos? Na hipótese o filiado, eventual parlamentar, ficará impedido de se candidatar à reeleição por outro partido. Não emerge no caso situação análoga à da decretação, ainda que por via indireta, da perda de direito político (capacidade eleitoral passiva)? A expulsão, em semelhante circunstância, não constituiria, em função de particular leitura do art. 55 da Constituição, penalidade ineficaz?

Está-se, aqui, a utilizar, ainda que na forma de pergunta, argumento análogo àquele manejado ao tempo da vigência da candidatura nata.[15] A resposta é não. A impossibilidade da postulação da reeleição pela incidência da exigência do art. 18 da Lei dos Partidos não supõe a ineficácia da penalidade. Estão em planos distintos. Se a consequência da expulsão é a impossibilidade do exercício, para a eleição subsequente, da capacidade eleitoral passiva, em razão da não satisfação de condição de elegibilidade definida em lei, este é o preço a pagar, pelo parlamentar faltoso, pelo ato de infidelidade.[16]

Em síntese, e reafirmando a resposta já fornecida para o questionamento que intitula o presente artigo, entende-se que a aplicação, pela agremiação política, da penalidade disciplinar de expulsão por infidelidade partidária (hipótese de infidelidade-sanção segundo a jurisprudência), à luz do melhor Direito, continua a não importar em perda do mandato.

Referências

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária*: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar*: aquisição e perda antecipada. São Paulo: Atlas, 2005.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 13. ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária e impeachment*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

[15] Na candidatura nata, aqueles que exerceram ou estivessem a exercer mandato parlamentar durante a legislatura em curso por ocasião da promulgação da lei possuiriam direito subjetivo ao registro da candidatura, para o mesmo cargo, e para a legislatura subsequente. Em 24 abr. 2002, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar na ADI nº 2.530, no sentido de suspender a eficácia do §1º, do art. 8º, da Lei nº 9.504/97: "Aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados". A decisão cautelar sustentou-se na ofensa ao art. 5º, *caput* (princípio da igualdade) e ao art. 17 (violação da autonomia partidária) da CF. A ação aguarda julgamento final.

[16] Perceba-se, portanto, a modificação de posição entre as obras: CLÈVE. *Fidelidade partidária* e a sua versão mais recente, *Fidelidade partidária e impeachment*.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1998.

MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROLLEMBERG, Gabriela. A expulsão como causa de pedir da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-expulsao-como-causa-de-pedir-da-perda-do-mandato-eletivo-por-infidelidade-partidaria>. Acesso em: 02 jul. 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. Perda de mandato por infidelidade partidária?. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 76, out./dez. 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo, 2009.

PÁGINA EM BRANCO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO[1]

8.1 Introdução

A Administração Pública brasileira, aos olhos do homem comum, impõe injusto fardo aos cidadãos. Para muitos, a Administração Pública vive um presente de passado contínuo, reitera antigas práticas de compadrio, clientelismo e patrimonialismo e se perde em amarras burocráticas descoladas das demandas sociais. Essa Administração é distante e centralizadora; a ausência de transparência na sua ação pode refletir mais do que autoritarismo, implicando muitas vezes desatenção com os fins da atuação pública.

A metáfora do elefante das pernas finas é o retrato caricatural dessa Administração de corpo robusto, forte aparato físico, mas despida de sustentação suficiente para manter de modo consistente a caminhada. Se o recurso metafórico serve para traduzir determinada pré-compreensão da sociedade, é insuficiente para compreender a Administração Pública do ponto de vista *normativo* — seu regime jurídico — e *institucional* — as características orgânicas e estruturais de seus órgãos e funcionamento.

O presente artigo trata da nova *Lei de Acesso à Informação pública*, em particular daquilo que, presente nela, aponta para a renovação das práticas da Administração Pública. A matéria será enfrentada levando em conta a passagem do *constitucionalismo* (meramente) *garantista* para o *constitucionalismo emancipatório*. Nesse passo, o juízo sobre o novo diploma normativo deve ser testado à luz das coordenadas já antecipadas pela Constituição Federal de 1988, as quais supõem postura republicana e democrática dos agentes públicos e dos cidadãos.

8.2 Direito à informação no quadro da reconfiguração do papel do Estado

O Estado brasileiro está trocando sua casca. Semelhante ao processo de mudança dos caranguejos, que, silenciosos, transformam sua roupagem num momento de renovação frágil e necessariamente discreta, as instituições brasileiras experimentam um processo de *revolução silenciosa* que guarda aspectos de avanço, renovação e continuidade.

[1] Este texto, derivado de palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional realizado em 2012, foi redigido com a Advogada Ms. Júlia Ávila Franzoni.

Diz-se *avanço*, sem risco de anacronismo, pois, originariamente a Constituição Federal de 1988 apresentou um quadro normativo extenso através do qual se delineia um *Estado que está à disposição da sociedade e dos direitos fundamentais*.[2] A Lei Fundamental é analítica, garantista e compromissária, ostentando amplo rol, não taxativo, de direitos fundamentais.[3] Dessas escolhas antecipadas pelo texto da Constituição, no qual também residem objetivos de uma república democrática e igualitária, se depreende a normatividade de um projeto político de Estado e de organização da sociedade que deve repercutir no processo de concretização constitucional.[4]

O processo de concretização constitucional, portanto, reconhecida a complexidade da sociedade e a necessária convivência de uma pluralidade de interesses na tradução e composição do sentido da Constituição, deve se informar pelos parâmetros normativos do texto, inscrevendo as exigências de abertura, participação e igualdade na sua práxis cotidiana.[5]

Os aspectos da *renovação* se manifestam na inauguração de um "outro" momento constitucional que supõe a recompreensão epistêmica do papel da Constituição,[6]

---

[2] CLÈVE. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*, p. 16-17. Mas a Constituição, nesse particular, não está imune a críticas. Entre outros, conferir: SUNDFELD. *Direito administrativo para céticos*.

[3] SUNDFELD. *Direito administrativo para céticos*, p. 17. No mesmo sentido: SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 75 *et seq*.; MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 244 *et seq*.

[4] Evidente que aqui não se está a defender que o texto constitucional apresenta apenas um projeto político de Estado e de sociedade. Apenas se faz referência à antecipação normativa de escolhas políticas que irão reverberar no complexo e processo de concretização constitucional, âmbito necessariamente disputado e que reflete a existência de vários projetos possíveis. Sobre o tema verificar Marcelo Neves (*A constitucionalização simbólica*, p. 73 *et seq*.).

[5] Outras não são as exigências formuladas pelas teorias do constitucionalismo igualitário [ALEGRE; GARGARELLA (Coord.). *El derecho a la igualdad*: aportes para un constitucionalismo igualitario] e da abertura do processo de concretização constitucional (HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição).

[6] A compreensão — analítica e esquemática — do constitucionalismo depois de 1988 supõe dois momentos: *o primeiro*, circunscrevendo-se aos primeiros anos após a promulgação da Carta Constitucional (10-15 anos); *o segundo*, referindo-se aos últimos dez anos. De início, era necessário construir as bases mínimas para a aplicação da Constituição. Convivendo diversas bandeiras de luta, venceu a perspectiva que buscava afirmar a normatividade da Carta Constitucional: a doutrina da *dogmática constitucional da efetividade*. Através do diálogo com outras disciplinas — teorias críticas — buscava-se concretizar a Constituição impondo uma *outra* forma de compreensão da experiência constitucional: a Constituição é norma, tem centralidade no ordenamento e sua força normativa reclama a satisfação dos seus comandos. Apesar da importância do discurso para a afirmação da centralidade da Constituição na 'luta pelo direito' e para a reconstrução da própria 'teoria do direito', a doutrina da efetividade guardava alguns problemas de fundo: é datada em termos epistemológicos — a separação entre sujeito e objeto, escondendo a afirmação de opções ideológicas, é apenas uma delas. A renovação do constitucionalismo nos últimos anos, portanto, estava a reclamar novas matrizes teóricas e filosóficas. O segundo momento aparece com a necessidade de reconstrução do Direito, no contexto da assimilação da virada linguística e do pós-positivismo. A assertiva "A Constituição deve ser aplicada", convive com o questionamento "Qual Constituição deve ser aplicada?". Encaminha-se, portanto, para a justificação dos parâmetros substantivos residentes no Texto Constitucional. No primeiro momento, a *metáfora piramidal*, inspirada em Kelsen, dá conta da compreensão da Ordem Jurídica. A Constituição reside no vértice da pirâmide. No segundo momento, ela é substituída pela *imagem orbital*. O Direito, do ponto de vista normativo, substancia uma rede de significações que se expande a partir de centros de irradiação (microssistemas) em órbita em torno da Constituição (que agora é centro e não vértice), mas não apenas dela (transconstitucionalismo). Este é o momento da retomada da razão prática na tentativa de alcançar graus de racionalização internas ao Direito que ultrapassem o simples apelo à autoridade em busca de legitimação. Busca-se agora, em diálogo com outros saberes, inclusive a filosofia política, a construção compartilhada de parâmetros que permitam, no contexto de uma sociedade aberta e dialógica, o controle racional das decisões judiciais. A simples construção não é suficiente: *ela tem que ser trazida para dentro do Direito*. Qualquer resposta à pergunta sobre qual Constituição aplicar demanda (i) a articulação entre normatividade, moral e política e, (ii) da mesma forma, o questionamento quanto ao lugar (externo ou interno) da perspectiva (teórica, moral e política) adotada. Consultar: SARMENTO. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, p. 113-146.

reclamando políticas de controle e participação cidadã nas instituições públicas.[7] A Constituição agora é compreendida num contexto onde os significantes se abrem à rede complexa e plural de composição de significado, conduzindo o entrelaçamento das premissas da razão teórica com as exigências da razão prática. Nesse caso, a concretização constitucional exige justificação do ponto de vista externo do Direito e, ao mesmo tempo, a legitimidade extraída do ponto de vista interno ao sistema jurídico. Por essas razões, o Estado e as instituições passam a ser percebidos como "lugares de controle" — há testes a superar —, submetidos a mecanismos de racionalização de condutas e parâmetros de justificação e legitimação.[8]

É nesse contexto de requalificação da legitimidade institucional[9] que as premissas democráticas incorporadas na Constituição se arranjam com os direitos fundamentais e permitem uma *construção normativa* que alça a transparência[10] a uma condição de possibilidade do Estado plural, republicano e aberto às exigências de controle racional das decisões. Faz-se referência aqui, à construção normativa que autoriza o trânsito do *constitucionalismo garantista* para o *constitucionalismo emancipatório* que tem, como pano de fundo, o reconhecimento do sujeito constitucional como autor dos processos de mudança.[11]

Esse outro lugar teórico operado a partir da superação do paradigma garantista (liberal ou social) do Direito Constitucional, denominado aqui de *constitucionalismo emancipatório* (democrático), reconstrói a máquina constitucional disposta no sentido da concomitância entre autonomia pública e autonomia privada.[12] A exigência da

---

[7] Trata-se aqui da inserção das premissas da teoria política contemporânea, tanto no âmbito normativo das teorias da justiça, quanto no âmbito pragmático da ciência política a pensar critérios e parâmetros de controle e legitimação das instituições democráticas.

[8] As teorizações em filosofia política buscam, *grosso modo*, oferecer parâmetros normativos para as instituições sociais e políticas, preocupando-se com a *organização para a vida*. A necessidade de avaliar tais instituições e estabelecer critérios para seu julgamento e controle faz referência a patamares que devem ser previamente acordados. Essas questões tendem a se incorporar ao Direito a partir da formulação de critérios e referências que podem servir para posterior controle externo de sua institucionalidade — ou seja, trata-se aqui da avaliação sociopolítica da operatividade de determinados valores na institucionalidade jurídica. Sobre tema no contexto latino-americano verificar: ALEGRE; GARGARELLA (Coord.). *El derecho a la igualdad*: aportes para un constitucionalismo igualitario. Do ponto de vista interno ao Direito, cumpre chamar atenção para os esforços no sentido de operar comunicação entre as *démarches* da democracia deliberativa e os critérios de controle de decisão judicial. Nesse sentido, ver: GARGARELLA (Coord.). *Teoria y critica del derecho constitucional*. E também, várias são as tentativas de, mediante teorias discursivas, trabalhar-se princípios ou máximas de controle racional da decisão como a máxima da proporcionalidade (ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 50-179).

[9] O desenho normativo da legitimidade exige mais que o cumprimento do teste formal; trata-se agora do atendimento material de suas condições de possibilidade: cidadania, igualdade de condições e democracia deliberativa. O conceito de legitimidade penetra assim na própria legalidade, distanciando-se completamente da concepção positivista moderna. Nas palavras de Friedrich Müller: "A legitimidade, por sua vez, é aqui inteiramente redefinida, ela agora 'qualifica a ação formalmente legal de um modo adicional, ou seja, denota que (a) ela é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (com os textos das normas) da Constituição (com a forma de Estado, com os objetivos do Estado, com as garantias dos direitos fundamentais, com o sistema do Estado de Direito); e que (b) ela permite continuar a discussão aberta e sem restrições por parte do Estado da questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, ainda que a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial — no caso em epígrafe: a alteração da Constituição) já tenha sido tomada" (MÜLLER. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 18).

[10] Transparência aqui quer indicar duas questões principais: (i) a desmitificação do Estado enclausurado e (ii) a possibilidade de inserção cidadã na dinâmica das instituições.

[11] ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*, p. 48.

[12] A ideia de autonomia encontrável em Habermas e, antes dele, em Kant, mas também em Marx. Autonomia na filosofia liberal e na filosofia republicana. Mesmo na moderna filosofia de fundo comunitarista.

autonomia para a execução dos projetos de vida é, ao mesmo tempo, limite e condição para o desenho de projetos institucionais que também devem se fundar em construções intersubjetivas.

A relação entre os ideais: republicano e democrático encontra sustentação na perspectiva constitucional — tanto teórica quanto prática — para se desenvolver. A junção de dois paradigmas, quais sejam, (i) *a atuação pública em rede* — contexto de reconfiguração do papel do Estado, com ação democrática, dialógica e controlada (*accountability*) e (ii) *a transparência da ação política* — tendo como consequência o amplo acesso à informação, traduz e representa as exigências republicana e democrática instituídas na CF/88 (art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, inc. II e art. 216, §2º da Constituição Federal), pressupostos do constitucionalismo emancipatório.

Todavia, a lenta mudança de casca convive com as *continuidades*: o telhado de nossas instituições não é de vidro. As transformações reconstroem novas totalidades, mas sempre a partir de um marco preexistente. A trágica herança brasileira no domínio da gestão pública, exercida sob as bases de uma institucionalidade herdeira do clientelismo e do patrimonialismo, associada aos longos períodos de ditadura pelos quais passou o Estado brasileiro, impõe a convivência entre uma renovada práxis pública e o passivo do legado histórico: seletividade das políticas públicas, prática de barganha na ocupação dos cargos públicos e, ainda, o paternalismo autoritário da Administração, que concebe o interesse público e o bem comum como categorias *a priori* e o cidadão como um beneficiário, um adolescente, alguém incapaz de decidir por si mesmo.

O constante risco de baixa integração da população nos procedimentos políticos e jurídicos e na vida da Administração Pública reclama o enfrentamento direto desses problemas a partir da oposição já confirmada nas escolhas traçadas pela Constituição de 1988. As condições de possibilidade do regime democrático no Estado brasileiro devem ser concebidas também a partir do robustecimento da arena pública: é a qualificação da participação cidadã e da concepção emancipada do destinatário das promessas constitucionais (agora *sujeito*) que permite traçar as bases do projeto republicano, democrático e igualitário da CF/88.[13]

8.3 Acesso à informação e legitimidade – A prática pública da democracia

8.3.1 Estado provedor ou regulador?

As formas tradicionais de manifestação do Estado Social, pensadas e materializadas através da ideia do "Estado Provedor", sofrem ameaça no plano econômico e, sobretudo, no plano da legitimidade. No âmbito material, a dificuldade da efetivação de uma "sociedade do trabalho" emancipada através da exclusiva ação política estatal, ao mesmo tempo em que indica o declínio de muitas utopias revolucionárias, aponta para a inexorabilidade do presente em termos de dominação, exploração e dependência econômica do político por um lado, e o ofuscamento do domínio privado pela

[13] Neste ponto, cumpre lembrar a advertência de Sandra Liebenberg: o perigo de "[...] se promover uma concepção de direitos socioeconômicos como *commodities* conferidas a beneficiários passivos por um Estado benevolente é que isso desvie a atenção das reformas mais substantivas requeridas das instituições e estruturas que geram as desigualdades sociais sistêmicas" (*Socio-economic Rights*: Adjudication Under a Transformative Constitution, p. 42). No sentido da perspectiva que reclama o reconhecimento da dimensão coletiva para a concretização dos direitos socioeconômicos ver: VALLE. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. *In*: KLEVENHUSEN (Coord.). *Direito público e evolução social*: 2ª série, p. 309-328.

interferência estatal (Estado vigilante) por outro.[14] No campo da legitimidade, a busca da concretização das metas desse Estado tem implicado o agigantamento nem sempre justificado do "público" (visto apenas como estatal).

Cumpre concordar com o entendimento segundo o qual o projeto socioestatal enfrenta uma tensão entre o sistema econômico (modo de produção capitalista) e o regime político (democracia representativa). Portanto, o projeto sofre as consequências de um eterno confronto entre fins e meios.[15] O objetivo do Estado brasileiro deve ser a criação de formas de vida estruturadas igualitariamente, garantindo liberdade de movimento para a autorrealização individual. Todavia, a satisfação da meta exige mais do que a simples aplicação de um programa político.[16] É que o regime econômico capitalista impõe, não raras vezes, direções políticas contrárias aos objetivos estatais ligados às garantias para a autorrealização pessoal ou coletiva.

A esse projeto de Estado se oporiam duas frentes de batalha. A primeira, cuida do compromisso com a pacificação dos conflitos sociais alcançada através da ação do poder estatal democraticamente legitimado orientada para a condução do processo "natural"[17] de desenvolvimento. A outra frente se nutre dos restos de utopia da "sociedade do trabalho". Como o *status* de trabalhador é normatizado pelo direito de participação política e pelo direito de parceria social, a massa da população pode, eventualmente, viver em liberdade, com justiça social e crescente prosperidade.[18] Seria presumida daí uma coexistência pacífica entre democracia e economia assegurada através da intervenção estatal. Todavia, essa intervenção não foi e não é suficiente para prevenir dificuldades internas ao funcionamento do processo político e da tomada de decisões. O modelo centrado no papel do Estado apresenta contradições internas e disfunções capazes de amesquinhar suas conquistas sociais.

A difícil conciliação entre capitalismo e regime democrático envolve, assim, segundo Habermas, a contradição entre a defesa do sistema econômico e a idoneidade do programa político e social do Estado (assegurar formas de vida digna).[19] Na tentativa de definir limites para a interferência estatal no campo da autonomia privada, normatizando as possibilidades de produção e condução de diferentes formas de vida,

---

[14] Na forma como apresenta Habermas: "desde a metade dos anos 70 os limites do projeto do Estado Social ficam evidenciados, sem que até agora uma alternativa clara seja reconhecível. Essa nova inteligibilidade é própria de uma situação na qual um programa de Estado Social, que se nutre reiteradamente da utopia de uma 'sociedade de trabalho', perdeu a capacidade de abrir possibilidades futuras de uma vida coletivamente melhor e menos ameaçada" (A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 106).

[15] HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 109.

[16] HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 110.

[17] Como destaca António Manuel Hespanha, a naturalidade do desenvolvimento do capitalismo nunca existiu, nem mesmo nos primórdios do Estado Liberal Burguês. Nas palavras do autor: "Todo liberalismo europeu carregou um mesmo paradoxo, logo desde a sua primeira hora. Reivindicava-se da natureza individual, mas pressupunha educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, primeiro, que construir essa sociabilidade. Propunha um governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo, para poder depois, governar um pouco menos. Numa palavra, propunha natureza, mas precisava dos artifícios, antes da sua instalação e, depois disso, durante a sua vigência" (*Guiando a mão invisível*: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português, p. 6). Reforçando a ideia: GÉNÉREUX. *Les vrais lois de l'économie*.

[18] HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 107.

[19] HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 107.

o Estado arrisca reprimir a iniciativa e o desenvolvimento da economia. Nesse caso, a vigilância democrática é necessária para prevenir o caráter potencialmente paternalista do Estado interventor. Todavia, as desigualdades sociais podem permanecer apesar do agigantamento estatal.

A tese não é meramente descritiva. Diagnostica, sustenta Habermas, a fragilidade do Estado Social e da "sociedade do trabalho",[20] para, em seguida, apostar no caráter inclusivo e transformador da democracia (esfera da solidariedade) para fazer frente à "colonização do mundo da vida".[21] O risco de "burocratização" e de "mercantilização" da ação política pode ser combatido com o reconhecimento da pulverização do conflito capital/trabalho em várias outras oposições.[22] A distribuição igualitária de oportunidades para a realização dos projetos de vida passa pelo reconhecimento de outros conflitos e causas para a desigualdade e pelo "empoderamento" das comunidades do mundo da vida.[23]

A aposta, portanto, é na *abertura* da ação política e no *incremento* das demandas que a conformam.[24] O remodelamento realizado a partir da problematização dos sujeitos

[20] O programa do Estado social, que se nutre reiteradamente da utopia de uma "sociedade de trabalho", vem perdendo a capacidade de abrir possibilidades futuras de uma vida coletivamente melhor e menos ameaçada (HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 106).

[21] As sociedades modernas, para Habermas, disporiam de três recursos que podem satisfazer suas necessidades no exercício do governo: o dinheiro, o poder e a solidariedade. As esferas de influência desses recursos teriam de ser postas em um novo equilíbrio. O poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de resistir às "forças" dos outros dois recursos, dinheiro e poder administrativo (HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 112).

[22] É a partir dessa recompreensão que determinados autores sustentam a necessidade de políticas de reconhecimento e de redistribuição para dar conta dessas outras esferas de conflito e desigualdade [FRASER. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. *In*: SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*, p.167-189].

[23] Na forma como pondera Habermas: "Se agora não mais apenas o capitalismo, mas o próprio Estado intervencionista deve ser 'socialmente contido', complicou-se consideravelmente a tarefa. Por conseguinte, aquela combinação de poder e autolimitação não pode ser confiada por mais tempo à exclusiva capacidade de planejamento estatal. Se, agora, contenção e controle indireto devem dirigir-se também contra a dinâmica interna da administração pública, a capacidade indispensável de reflexão e controle deve ser procurada em outro lugar, a saber, em uma relação completamente transformadora entre as esferas públicas autônomas e auto-organizadas, de um lado, e os domínios de ação regidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo, de outro lado. Disso resulta a difícil tarefa de viabilizar a universalização democrática das posições de interesse e uma justificação universalista das normas já sob o limiar dos aparelhos partidários autonomizados em grandes organizações e que por assim dizer migraram no interior do sistema político. Um pluralismo surgido naturalmente de subculturas defensivas, resultado apenas da desobediência espontânea, teria de desenvolver-se ao largo das normas da igualdade civil. Resultaria então apenas uma esfera que dispor-se-ia especularmente diante das cinzentas zonas neocorporativas" (HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 112). A partir de diferente postura, Chantal Mouffe também defende a práxis do pluralismo na democracia: "Como os expoentes do 'liberalismo político', gostaria de assistir à criação de um amplo consenso em torno dos princípios da democracia pluralista. Mas não creio que tal consenso deva ser fundado na racionalidade e na unanimidade ou que deva manifestar um ponto de vista imparcial. Creio que a verdadeira tarefa consiste em sermos fiéis às nossas instituições democráticas e a melhor forma de o fazermos não é demonstrando que devem ser escolhidas por agentes racionais 'sob o véu da ignorância' ou num 'diálogo neutro', mas criando vigorosas formas de identificação com elas" (MOUFFE. *O regresso do político*, p. 201).

[24] Para Habermas, o poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de resistir às "forças" dos outros dois recursos, dinheiro e poder administrativo (HABERMAS. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, p. 112). No mesmo sentido, Offe defende a necessidade de compartilhamento a partir dos diversos agentes que compõem a ordem social (Estado, mercado e comunidade), ponderando, inclusive, ser justamente a questão de "quem deve fazer o que precisa ser feito", o mais importante problema atual (A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. Palestra, p. 5). O Estado, o mercado e a comunidade representariam os modos ideais típicos nos quais as pessoas vivem e interagem, os modos de coordenação dos indivíduos e suas ações. De um

responsáveis pela ação política exige a institucionalização dos canais de abertura desse processo e a encampação de escolhas e razões de decidir outrora alheias a essa dinâmica. Nesse momento de redefinição de competências e esferas de atuação, há, de forma concomitante, a reordenação da Administração Pública para permitir a participação de outras esferas na direção da ação política.

Esse é o contexto a justificar a releitura do paradigma intervencionista estatal para, ajustando o projeto político-social às exigências da sociedade complexa e plural, deslocar a prática autoritária, provedora e vigilante, para assumir renovada dinâmica regulatória, negocial e compartilhada. Fala-se agora de um *novo* modelo de atuação estatal, apoiado na utilização da competência normativa para regular a atuação dos particulares. O Estado prestador direto de serviços cede relevante espaço ao Estado regulador, importando em convivência dos modelos. No Estado regulador, como se sabe, o Poder Público não impõe sua vontade de forma impositiva, mas *arbitra interesses* e tutela hipossuficientes.[25] No modelo regulador de Estado, continua havendo intervenção,[26] que se espera, de outra forma, por meio de outros instrumentos.

As transformações da ordem econômica e do modelo de Estado, por outro lado, implicam a renovação das formas, dos procedimentos de intervenção do Estado na economia e, portanto, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, "uma mudança em um dos mecanismos mais fortes dessa intervenção: a reserva de titularidade de atividades para a esfera estatal".[27] O Estado se afasta da atuação direta neste ou naquele setor, mas, entretanto, fortalecendo a "vigilância" sobre a condução, pelos particulares, das atividades econômicas.[28] O Estado regulador não é, portanto, só polícia, nem apenas provedor, mas, antes, *conciliador de interesses diversos*, numa relação de maior interlocução com a sociedade.[29]

Outra característica do Estado regulador, corolário da mudança no modo de atuar, é a responsabilidade social que se impõe aos cidadãos. Nas sociedades maduras, não se pode esperar tudo do Estado, pois, se "os organismos estatais não apresentam suficiente habilidade para o atendimento satisfatório a certas necessidades comuns",[30] nada há de errado em atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente. O que

---

lado, eles se baseiam um no outro, já que cada componente depende do funcionamento dos outros dois; de outro, entretanto, a sua relação é antagônica, já que a predominância de um deles põe em risco a viabilidade dos outros dois (OFFE. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. Palestra, p. 6).

[25] MARQUES NETO. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*.

[26] A ideia de intervenção continua a se sustentar no pressuposto de "interferência em campo que não é seu". Compartilha-se do conceito do autor: "[...] Entende-se a intervenção econômica como toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)" (MOREIRA. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, p. 3-4).

[27] MARQUES NETO. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 14.

[28] Floriano de Azevedo Marques Neto aponta três fatores capazes de elucidar essa transformação na técnica administrativa: (i) econômicos, diante da formação de grandes polos comerciais; (ii) políticos e sociais, pois a complexidade social demanda atuação mais participativa da população da organização administrativa; e (iii) tecnológica, pois essa mesma complexidade reflete novas exigências sociais (MARQUES NETO. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 15-16).

[29] JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*.

[30] No mesmo sentido: "[...] somente se admite a *privatização* na medida em que existam instrumentos que garantem que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados através da atuação da iniciativa privada" (JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 23).

ocorre, portanto, é uma acomodação das competências.[31] O papel do Estado é relevante onde a acumulação privada puser em risco os valores constitucionais ou for insuficiente para a sua plena realização. No modelo regulador, o Estado comprime sua feição de intervenção direta no domínio econômico, conferindo maior amplitude à iniciativa privada, embora com a redefinição qualitativa de sua liberdade.[32]

A regulação, portanto, ensina Floriano de Azevedo Marques Neto, deve ser encarada como proposta de composição, de equilíbrio entre as metas de interesse geral (interesse público) e os objetivos particulares envolvidos (sejam eles de operadores econômicos ou de consumidores).[33]

A perspectiva regulatória do Estado demanda, portanto, um remodelamento institucional da Administração Pública. Há, não apenas transformações no perfil da intervenção estatal, mas, também, mudanças orgânicas no aparato administrativo. No que se reporta à composição e direção da ação política, assumem importância a descentralização administrativa e o arranjo de órgãos com a presença de interessados da sociedade civil (como os Conselhos de Saúde e Educação e órgãos como o CONAM e CTNBio, por exemplo). Nesse sentido, também se manifesta a necessidade de realização de audiências públicas, com a participação dos interessados, para a legitimação dos atos normativos[34] e o reconhecimento, pelo Estado, da autorregulação como fonte normativa.[35] São manejados, também, instrumentos como o orçamento participativo, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e as soluções negociadas (transações administrativas).

Como decorrência da partilha da gestão há, também, a do custeio. O financiamento das ações políticas é pensado a partir da lógica do compartilhamento. Esse foi, inclusive, o pano de fundo que orientou a Reforma Administrativa na década de 90. A chamada "desestatização" representou uma reconfiguração do Estado no que se refere às suas competências, notadamente no âmbito da intervenção no domínio econômico, tendo na *privatização*[36] um instrumento jurídico-institucional de realização. Como

---

[31] É bom ter cuidado com a afirmação, pois dela não pode derivar a compreensão de que o Estado regulador está associado ao Estado mínimo e, ou, ao Estado neoliberal. O Estado regulador funciona com um grande aparato administrativo e burocrático. Seria ilusório acreditar que o Estado, nesse contexto, "diminuiu". "Qualquer tentativa de afirmar, de forma não ambígua, que o governo está crescendo ou diminuindo é objeto para um grande tema de desacordo e desentendimento" (PETERS. *The Politics of Bureaucracy*, p. 8).

[32] Daí conclui Marçal Justen Filho que isso "[...] permitiria diferenciar várias formas de conjugação de três núcleos teóricos de atribuição das aludidas competências, que são os órgãos estaduais propriamente ditos, as agências e a chamada *autorregulação*" (JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 50).

[33] MARQUES NETO. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 17.

[34] O procedimento de consulta pública é obrigatório para as resoluções das Agências Reguladoras.

[35] Nesse caso ver trabalho desenvolvido por Vital Moreira no que diz respeito à autorregulação profissional e sua inserção no conceito de regulação. O que implica dizer que faz parte da dimensão pública da regulação sua composição substantiva a partir de dimensões de esferas da sociedade civil. "Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção [...], e mistas sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a autorregulação profissional. [...]. Na atualidade, a performance da economia — apesar de predominantemente privada, é uma responsabilidade do Estado. Com a crescente complexidade da regulação econômica tornou-se imprescindível a cooperação das organizações econômicas na definição e implementação das políticas econômicas. Essa cooperação entre Estado e economia pode bastar-se com esquemas de colaboração ou participação na definição de medidas de política econômica; mas também pode elevar-se ao ponto de investir ou consentir às organizações econômicas a assunção de funções regulatórias. É disso que se trata a autorregulação" (MOREIRA. *Autoregulação profissional e Administração Pública*, p. 21).

[36] Adota-se aqui o conceito polissêmico de privatização, que pode traduzir, em geral, seis modalidades: (i) privatização da regulação administrativa da sociedade, (ii) privatização do direito regulador da Administração, (iii) privatização das formas organizativas da administração, (iv) privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas, (v) privatização do acesso a uma atividade econômica e (vi) privatização do capital social

exemplo de privatizações que envolvem partilha dos custos aparecem ou reaparecem os institutos da concessão de serviços públicos, da Parceria Público-Privada e da gestão compartilhada de bens públicos.

A reforma do Estado, portanto, reclamou a emergência de transformações operacionais e a adoção de técnicas transigentes de gestão, implicando consensualização, políticas públicas concertadas e mecanismos de participação do mercado e da sociedade civil. O Estado regulador supõe, então, a participação dos mais diversos atores. Todavia, a impossibilidade de libertação das amarras burocráticas e técnicas que autorizam a seletividade da atuação pública confronta, a todo o momento, a pretensa abertura desse Estado com o risco de captura da ação política e a falácia da legitimidade meramente formal.

8.3.2 Regulação e *accountability*

Em sociedades democráticas, a legitimidade dos procedimentos regulatórios e das instituições deve fundamentar-se na possibilidade de controle racional das decisões e na inserção progressiva dos diversos setores da sociedade no processo. São premissas que informam o conceito de *accountability*:

> Accountability is first a relationship between two sets of actors (actually, most of it is played out not between individuals, but between organizations) in which the former accepts to inform the other, explain or justify his or her actions and submit to any pre-determined sanctions that the latter may impose. Meanwhile, the latter who/that have become subject to the command of the former, must also provide required information, explain how they are obeying or not obeying the formers' commands and accept the consequences for what they have done or not done. In short, when it works, accountability involves a mutual exchange of responsibilities and potential sanctions between citizens and rulers, made all the more complicated by the fact that in between the two are usually a varied and competitive set of representatives.[37]

A *accountability* deve ser compreendida, portanto, como um *conceito relacional* que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos na ação política e no controle de seus resultados e, de outro lado, estímulos orientados à transformação da postura passiva do cidadão em ativa.

O mecanismo, portanto, exige a operacionalização da razão prática supondo a transparência da Administração Pública e a vontade de inserção e envolvimento da sociedade. O crescimento da participação cidadã pode desencadear consequências diversas. O envolvimento maior da comunidade de interessados educa a práxis administrativa no sentido da abertura de seus procedimentos, podendo, também, encorajar a ação participativa em situações nas quais ela não seja habitual, redefinindo os termos da responsabilidade do Poder Público. Cumpre, todavia, reconhecer que nem sempre o aumento de participação se reflete numa qualidade maior da ação política.[38] Os desafios, então, são imensos.

---

de entidades empresariais públicas. Neste sentido: OTERO. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. *In*: OS CAMINHOS da privatização da Administração Pública: IV Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo, p. 37.

[37] SCHMITTER. *Political Accountability in "Real-Existing" Democracies*: Meaning and Mechanisms, p. 424.

[38] SCHMITTER. *Political Accountability in "Real-Existing" Democracies*: Meaning and Mechanisms, p. 425.

A participação da população pode, eventualmente, decepcionar. Em contraste com a *polis* grega, o Estado Moderno é maior e mais complexo. Há, com a participação, por outro lado, possibilidade, que desafia prevenção, de incremento da instabilidade social.[39] E, eventualmente, o resultado poderá não refletir verdadeiramente o conjunto de interesses e preferências dos cidadãos.

Segundo Diane Day, as dificuldades inerentes ao processo de participação escondem uma tensão entre as *demandas burocráticas de gestão* e as *exigências democráticas de inclusão*. A relação entre burocracia e democracia é, afinal, paradoxal, pois, enquanto cabe à burocracia administrar programas que sustentem o Estado democrático, a democracia apresenta-se como fonte de tensão e conflito com o próprio ente estatal.[40]

A administrativização da regulação, a sua crescente tecnicidade, assim como a perda da densidade das leis, as leis simbólicas e despidas de sentido, impõem ao Estado regulador a necessidade de providenciar novos modos de legitimação. A regulação estatal deve atender aos objetivos fixados nas leis e na Constituição. Nesse contexto, muito mais do que aferir a legitimidade por meio de raciocínio formal, cumpre verificar as finalidades públicas a que se destina, observada a dimensão substantiva da normativa constitucional.[41] Para a legitimação do processo decisório, lembra Alexandre Santos de Aragão, devem ser adotadas medidas capazes de suprir o *déficit* de democraticidade da regulação administrativa através da institucionalização de espaços públicos de discussão.[42]

Ensina o jurista citado, aliás, que a *consensualização*, tipo-ideal de conduta da Administração no contexto do Estado regulador, diz respeito menos à *contratualização* do que à *concertação*, na qual a Administração, que não deixa de atuar unilateralmente, procura, ao decidir, obter o assentimento do maior número possível de sujeitos envolvidos.[43] Essa forma de agir conjuga forma e conteúdo. Ora, a condução da ação política dependerá do teste da consulta aos afetados ou interessados, sendo este o critério primordial manejado para o controle da decisão.

A inserção da *accountability* política[44] na composição da forma de atuação da Administração Pública é um primeiro passo para resolver o problema da assimetria de poder. A pré-condição da transparência política e a criação de técnicas que permitam o controle das decisões e a avaliação dos resultados não elimina, de um golpe, a prática centralizadora e seletiva da Administração Pública — o Estado continua detendo o quase monopólio das informações. Daí a dificuldade de associar participação ampla e qualificada com o problema da assimetria da informação e, mais ainda, o contraste entre a condição jurídica de participação ofertada a todos e as condições fáticas distribuídas de forma desigual na sociedade.

Essas questões autorizam o debate em torno das diferenças entre participação e deliberação. O apelo à participação sem consideração das *condições para a participação* leva aos riscos da subintegração cidadã nos procedimentos[45] e da legitimidade inautêntica da ação política.

---

[39] SCHMITTER. *Political Accountability in "Real-Existing" Democracies*: Meaning and Mechanisms, p. 425-426.

[40] DAY. Citizen Participation in the Planning Process: an Essentially Contested Concept?. *Journal of Planning Literature*.

[41] ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 103.

[42] ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 103-105.

[43] ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 109-114.

[44] Existem diversos tipos de "accountability". A política diz respeito ao controle no nível institucional. Sobre o tema: ARATO. Representação, soberania popular e *accountability*. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*.

[45] NEVES. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil, p. 243 *et seq*.

A transparência, o acesso à informação e a participação são indispensáveis para a compreensão das novas formas de atuação da Administração Pública. Contudo, a participação exigida para um autêntico processo de *accountability* requer habilidades, recursos, dinheiro e tempo, todas condições materiais distribuídas de forma desigual na sociedade. Aqui, portanto, para a satisfação das condições materiais referidas, o Estado tem um papel a cumprir. Por outro lado, à nova compreensão da ação política — como campo aberto para a composição entre Estado, mercado e comunidade — deve ser agregada uma evidência: a democracia representativa, base deste modelo estatal, deve elevar, normativamente, o ideal participativo ao patamar da deliberação; outra não é a exigência do *constitucionalismo emancipatório*.

8.4 A nova Lei de Acesso à Informação

A nova Lei de Acesso à Informação Pública regulamenta o direito à informação garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXIII; art. 37, §3º, II; art. 216, §2º), compelindo órgãos públicos a considerar a publicidade como regra e o sigilo como exceção.[46] A divulgação de informações de interesse público ganha procedimentos para facilitar e agilizar o acesso por qualquer pessoa, inclusive com o uso de tecnologias apropriadas, sendo estimulado o desenvolvimento de uma cultura de transparência e controle social da Administração Pública.[47]

Cabe ponderar, contudo, que a nova legislação não representa novidade absoluta. Com efeito, a Lei de Acesso à Informação é fruto de um processo histórico, cujo marco inicial foi a Constituição de 1988. Desde sua promulgação, do ponto de vista normativo, o amplo acesso à informação pública é a regra e o sigilo a exceção. Essa é a lógica republicana extraída da Lei Fundamental. A partir da referida normativa, novas instituições e um amplo rol de direitos foram, paulatinamente, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 12.527/2011, portanto, não introduziu um valor inaugural na ordem constitucional, tendo antes dotado de imprescindíveis garantias o direito fundamental de acesso à informação pública.[48] Bem por isso, instituições de controle como o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério Público, a Controladoria-Geral da União (CGU) e a própria Polícia Federal, vem se estruturando para a fiscalização da ação estatal, tendo em conta a exigência de transparência.

O que há de novo, portanto, na Lei de Acesso à Informação? O caráter impactante da nova lei[49] reside no fato de esta superar a fórmula de uma proclamação de direitos, ao buscar implementar mecanismos concretos de *transparência ativa* — divulgação espontânea de informações públicas, independentemente de solicitação — e *transparência passiva*— divulgação de informações públicas em atendimento a uma solicitação. A nova lei, por

---

[46] Marco regulatório internacional reconhecendo o acesso a informações públicas como direito humano fundamental: art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e art. 13 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

[47] O Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, regulamenta a Lei nº 12.527/2011, no âmbito do Poder Executivo Federal, dispondo sobre os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados grau e prazo de sigilo.

[48] SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*.

[49] Contexto da produção normativa: Em 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527/2011) foi sancionada, exigindo que União, Estados e Municípios tomem medidas para a satisfação das regras de transparência até 16 de maio de 2012. Nos termos da lei, qualquer pessoa pode buscar, junto às repartições públicas, informações de interesse público. Estabelece, além disso, sanções e procedimentos que garantem que o direito seja de fato protegido.

outro lado, estabeleceu procedimentos e parâmetros para eventuais restrições de acesso e definiu as responsabilidades dos agentes públicos, civis ou militares, por possíveis violações ao direito de acesso à informação pública.[50]

Além da previsão de requerimento individual, como foi dito, a lei reforça o dever de "bem informar" dos órgãos da Administração Pública — trata-se aqui do *dever de transparência ativa*. Na forma como prescreve o art. 8º, constitui obrigação dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação por meio de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

A previsão é importante, inclusive, para que o cidadão possa acompanhar, nos termos do art. 7º, a implementação dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como a satisfação de metas e indicadores. A forma de execução da obrigação associada à transparência ativa foi dimensionada a partir de dois mecanismos principais: *o primeiro* diz respeito à criação de serviços de informações ao cidadão, em local com condições apropriadas para a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações, b) informar sobre a tramitação de documentos e c) receber requerimentos de acesso a informações. O *segundo* envolve a realização de audiências ou consultas públicas, com incentivo à participação popular e a outras formas de divulgação (art. 9º).

A concretização do dever de transparência passiva se manifesta através do procedimento deflagrado pelo pedido de acesso por parte de qualquer interessado (art. 10 ao 14), que deve se identificar, sendo vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação. A resposta da Administração deve ser imediatamente providenciada, facultado o prazo de, no máximo, vinte dias para a resposta, a qual deve ser seguida das razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido ou da comunicação de que não possui a informação, indicando, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remetendo o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa (art. 11).

A lei também prevê a possibilidade de interposição de recurso administrativo (art. 15 a 20), estabelece diferenças quando o órgão demandado for federal, contemplando, ademais, o contraditório e parâmetros objetivos de apreciação. A normativa estipula, por exemplo, que não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21). Determina, para tanto, que as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação de direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso. Esta disposição está prevista através de um mecanismo de excepcionalidade, pois, caso tais documentos estejam gravados pelo caráter de sigilo ou de segredo de Estado prevalecerá a publicidade, o que antecipa a solução para possível conflito de interesses.

Questão importante diz respeito à responsabilidade penal do agente público em casos de: (i) recusa ao fornecimento da informação requerida nos termos da lei, (ii) demora deliberada no seu fornecimento, (iii) fornecimento intencional de forma incorreta, incompleta ou imprecisa, (iv) imposição de sigilo a informação para proveito pessoal ou de terceiro ou (v) para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem e, finalmente, (vi) destruição ou subtração, por qualquer meio, de documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado (art. 32).

[50] SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*.

Também estão sujeitas a sanções (multa, advertência, rescisão do vínculo com poder público, suspensão da possibilidade de concorrer à licitação, dentre outras) a pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto no diploma normativo (art. 33).

Por outro lado, a lei confirma o princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado por atos que causem prejuízo a terceiro, estipulando que as entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração da responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o direito de regresso (art. 34).

8.4.1 Experiências de aplicação

Há espaço para avaliação positiva de sua repercussão política, considerando, em particular, a postura proativa de diversos órgãos da Administração Pública. Na forma como demonstra balanço apresentado pela Controladoria Geral da União, quando da entrada em vigor da lei, (i) o Banco Central resolveu abrir a íntegra dos votos nas decisões do Copom; (ii) depois, foi o Ministério da Defesa que permitiu o acesso aos documentos do Estado-Maior das Forças Armadas datados entre 1946 e 1991; (iii) o Arquivo Nacional escancarou documentos da ditadura; (iv) o Ibama divulgou o nome das empresas autuadas por biopirataria; (v) o Ministério do Planejamento abriu as informações sobre imóveis funcionais e (vi) o Governo Federal deu publicidade aos salários de 570 mil servidores civis e 350 mil militares.[51]

No que diz respeito aos casos de consulta individuais, nos três primeiros meses de vigência, a lei autorizou o atendimento de cerca de 30 mil pedidos de cidadãos, somente perante órgãos federais, universo monitorado pelo Sistema Eletrônico da Controladoria Geral da União (CGU). Cerca de 90% desses pedidos foram respondidos (em média, na metade do prazo legal) e 80% o foram positivamente. O percentual de recursos — que significa respostas insatisfatórias — não chega a 7%.[52]

Algumas decisões emblemáticas auxiliam a compreensão do atual contexto de abertura e incentivo à prática da transparência. No tocante ao atendimento de pedidos específicos, vale destacar, por exemplo, a decisão do Ministro da Justiça afastando o sigilo dos processos sobre a deportação dos boxeadores cubanos após os Jogos Pan-Americanos de 2007 e a do Ministro da Defesa que abriu as informações sobre a exportação de armamentos.[53]

---

[51] Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/index.asp>. Acesso em: 03 out. 2012.

[52] HAGE. A Lei de Acesso à Informação pegou. *Folha de S. Paulo*.

[53] Há pesquisas que avaliam o contexto de aplicação da nova Lei de Acesso à Informação. Esse foi o caso da pesquisa denominada "Questões institucionais – Pesquisa Diagnóstico sobre Valores, Conhecimento e Cultura de Acesso à Informação Pública no Poder Executivo Federal Brasileiro". A investigação trouxe alguns resultados que confirmam o senso comum: (i) A concepção que o servidor público tem do papel do Estado interferirá na sua capacidade de operacionalizar uma política de acesso. Uma concepção mais republicana levará à melhor implementação da política; uma concepção mais patrimonialista, a uma pior implementação; (ii) a informação concebida como bem público será outro fator de sucesso (ou insucesso) na implementação da Lei de Acesso; (iii) de modo geral, a pesquisa demonstrou que a percepção dos respondentes foi predominantemente no sentido de considerar a relação entre Estado e sociedade como distante, apesar de existir o reconhecimento de que houve certa aproximação ao longo dos últimos vinte anos (DAMATTA. Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no Poder Executivo Federal brasileiro).

As experiências positivas, contudo, não são seguidas de forma sincopada por todos os entes federativos; é evidente a descontinuidade do processo de incorporação das exigências do novo marco regulatório quando comparado o que vem ocorrendo em âmbito federal com as dificuldades e atrasos de várias Administrações Estaduais e Municipais. Como se sabe, a Lei de Acesso à Informação Pública é endereçada indistintamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Lamentavelmente, porém, vários Municípios demonstram certo descaso com a transparência e com os deveres estabelecidos pela lei. Assim, por exemplo, em recente pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), de 133 Municípios com mais de 200 mil habitantes, apenas 16 responderam a um singelo pedido de informação.[54] Trata-se de um retrato da indiferença presente em parte das Administrações Públicas Municipais e, ao mesmo tempo, da cultura do sigilo que, infelizmente, aqui e acolá, ainda viceja entre nós.[55]

8.4.2 Relações de parceria da Administração Pública e direito à informação

As relações de parceira da Administração Pública[56] nos marcos do Estado Regulador e da gestão consensual reforçam a dinâmica de abertura da ação política para outros centros de poder e decisão como o mercado e a sociedade civil. Compreende-se aqui, portanto, *parceria* no sentido amplo, incorporando diversos tipos de gestão "da coisa pública". Ora, a adequada compreensão do papel desempenhado pelo Estado nos dias que correm deve levar em conta as suas mais diversas formas de agir. Cabe lembrar, nesse sentido, como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os processos envolvendo a *desmonopolização de atividades econômicas*, a *concessão e permissão de serviços públicos à empresa privada* e não mais à empresa estatal, a *terceirização*, a *desestatização ou desnacionalização*, com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado, a introdução do *gerenciamento* dentro da Administração Pública, a *desregulação*, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, entre outras.[57] [58]

Todo esse conjunto que representa distinta forma de conceber e prestar os serviços públicos e as atividades de interesse público não se realiza sem a reestruturação dos mecanismos de controle e regulação da Administração Pública. Ora, cumpre concordar

---

[54] HAGE. A Lei de Acesso à Informação pegou. *Folha de S. Paulo*.

[55] SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*.

[56] Sobre o tema conferir, entre outros: DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas.

[57] DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas, p. 5-6.

[58] Conforme aponta Dinorá Grotti, no direito brasileiro, a modalidade de privatização disciplinada pela Lei nº 9.491/1997 é bem mais restrita; abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado: "[...] embora os primeiros ensaios privatizantes tenham aparecido na década de 1980, com o advento do Governo Collor as privatizações ganharam notável impulso. Foi criado o Programa Nacional de Desestatização, mediante a Medida Provisória nº 155/90, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril do mesmo ano, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.1997, modificada pelas Leis nºs 9.700, de 12.11.1998, 11.483/2007 e pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 23.08.2001 e regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15.05.1998, alterado pelo Decreto nº 7380, de 1º.12.2010, tendo como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas" (Parcerias na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, p. 66).

com a lição de Dinorá Grotti no sentido de que, com a crescente e variada colaboração do setor privado, os modos de prestação de serviços públicos diversificaram-se, emergindo, nas últimas décadas, novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parcerias entre a Administração e particulares, ou entre órgãos e entidades estatais, com moldes estranhos ao padrão clássico do contrato administrativo.[59]

Portanto, agora, o Poder Público agirá, também, por meio da chamada *contratualização*, prática abrangente dos diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e o setor privado, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores na lição de Odete Medauar.[60] O tipo do contrato, assim, irá depender do objeto e dos sujeitos envolvidos na relação de parceria, podendo assumir, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (i) forma de delegação da execução de serviços públicos, (ii) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por convênio, contrato de gestão ou termo de parceria, (iii) instrumento de desburocratização e de experimentação da chamada Administração Pública gerencial, através dos contratos de gestão ou, ainda, (iv) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, implicando terceirização.[61]

O novo modo de prestação de serviços e atividades de interesse público tende a provocar certo grau de transferência de responsabilidades do Estado para a sociedade. Seria incorreto, contudo, afirmar que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmente transferida ao setor privado; há, agora, o incentivo ao compartilhamento dos riscos, através de mecanismos como os das *Parceiras Público-Privadas* e à corresponsabilização das entidades privadas (mormente as não lucrativas), associadas ao instrumento de *fomento*, por exemplo.

No que diz respeito às entidades privadas não lucrativas, importa ressaltar que, muitas vezes vistas como antagonistas do Estado, passaram a desempenhar relevantes atividades em colaboração com o Poder Público.[62] É possível identificar, dessa forma, uma esfera pública estatal ao lado de outra esfera pública, desta vez não estatal, espaço no qual desponta, no Brasil, o denominado Terceiro Setor.[63]

As entidades do denominado Terceiro Setor apresentam traços comuns: (i) são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, sem objetivo de lucro; (ii) atendidas as exigências legais, recebem uma qualificação jurídica; (iii) desempenham serviços sociais não exclusivos do Estado, porém em regime de colaboração com ele; (iv) por essa razão, submetem-se a controle de resultados pela Administração Pública, com a participação da própria sociedade, e ao controle pelo Tribunal de Contas, no que diz respeito à aplicação de recursos públicos; (v) seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém, parcialmente derrogado por normas de direito público, particularmente no que se refere aos procedimentos de controle.[64]

Em relação ao terceiro setor, o cenário das parcerias nem sempre é acalentador. Levando em consideração as ferramentas de controle e fiscalização das verbas públicas a ele destinadas, há verdadeiro descompasso entre as previsões normativas e a realidade.

---

[59] GROTTI. Parcerias na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, p. 65.

[60] MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*, p. 213.

[61] DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas, p. 22-23.

[62] DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas, p. 22.

[63] OLIVEIRA. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*.

[64] GROTTI. Parcerias na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, p. 112; OLIVEIRA. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, p. 25.

Além da dificuldade da fiscalização, têm aparecido também formas de parceria, cujo objetivo final é a simples fuga dos controles próprios do regime publicístico.[65]

A Lei de Acesso à Informação vem reforçar o paradigma de controle público das relações de parceria entre Administração e Terceiro Setor. Seguindo as exigências já previstas pela Constituição e pelas demais normativas aplicáveis, a nova Lei, em seu art. 2º, *caput*,[66] estende sua incidência às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Havendo dinheiro público envolvido, a regra é a publicidade. Não obstante os conhecidos casos de desvios de recursos públicos operados nesse setor, uma censurável doutrina vem sendo construída para excluir tais entidades da obrigação de prestar informação.[67] A iniciativa argumenta que, residindo à margem do regime publicístico, tais entidades não se submeteriam às imposições legais que constrangem a Administração Pública. Trata-se, evidentemente, de doutrina que, por sua fragilidade, não deve prosperar.

8.5 Considerações finais – Direito à informação no constitucionalismo emancipatório

A publicidade não é uma questão de escolha do administrador público. No Estado Democrático de Direito brasileiro, derivando o poder do povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal), os assuntos do Estado a todos interessam. Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação merece todos os aplausos. Resta, contudo, o difícil caminho da concretização. A mudança de hábitos e de antigas práticas reclama compromisso, firmeza e tempo. Muito ainda resta a fazer para a afirmação do país como uma autêntica sociedade republicana e democrática, uma associação política formada por cidadãos livres e iguais. Evidentemente, a lei vai estimular, espera-se, a ressurgência de virtudes cívicas. Contra a resistência das antigas práticas, porém, nada melhor do que a boa luta travada no cenário institucional com as armas que o Direito fornece. Fala-se, então, de uma guerra, travada nas instituições, a partir da palavra. Mário Quintana, no poema *Não basta saber amar*, disse assim: *Neste mundo, que tanto mal encerra,/Não basta saber amar,/ Mas também odiar,/Não só servir a paz,/mas também ir para a guerra.*

O poeta fala, provavelmente, de uma guerra simbólica, quem sabe amorosa. Ora, a guerra do *constitucionalismo emancipatório* envolve a luta por um modelo de gestão pública que estimule a experiência democrática do autogoverno na associação política dos cidadãos emancipados, livres e iguais, reclamando um aparelho administrativo transparente, legitimado, cooperativo, impessoal, probo, republicano e eficiente. Para encerrar, não custa lembrar que o sonho precede a realidade.

---

[65] DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas, p. 284 *et seq*.

[66] Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Essa obrigação é repetida no decreto regulamentar do Poder Executivo Federal em seus arts. 63 e 64.

[67] O Instituto Curitiba de Informática (ICI), associação privada sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social (OS), apesar das vultosas quantias anuais recebidas da Prefeitura de Curitiba, indeferiu os pedidos de informação do Professor de Direito Administrativo Tarso Cabral Violin (blogdotarso.com) (SERRANO; VALIM. Lei de Acesso à Informação pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*).

Referências

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Coord.). *El derecho a la igualdad*: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e *accountability*. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 55/56, p. 85-103, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DAMATTA, Roberto. Pesquisa diagnóstico sobre valores, conhecimento e cultura de acesso à informação pública no Poder Executivo Federal brasileiro. Controladoria-Geral da União, dez. 2011. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/SUMARIO_FINAL.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2012.

DAY, Diane. Citizen Participation in the Planning Process: an Essentially Contested Concept?. *Journal of Planning Literature*, v. 11, n. 3, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoria y critica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GÉNÉREUX, Jacques. *Les vrais lois de l'économie*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, v. 5, p. 63-150, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos*, n. 18, p. 103-114, set. 1987.

HAGE, Jorge. A Lei de Acesso à Informação pegou. *Folha de S. Paulo*, 03 set. 2012. Opinião.

HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível*: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002.

LIEBENBERG, Sandra. *Socio-economic Rights*: Adjudication Under a Transformative Constitution. Claremont: Juta & Co., 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp.> Acesso em: 22 out. 2012.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 5, n. 9, p. 7-37, jul./dez. 1999.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OFFE, Claus. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. *Palestra...* Realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010. Texto traduzido e disponibilizado pelo Instituto Goethe/PR.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-38, jan./jun. 2007.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. *In*: OS CAMINHOS da privatização da Administração Pública: IV Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

PETERS, B. Guy. *The Politics of Bureaucracy*. 5th ed. London: Routledge, 2001.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgan. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

SCHMITTER, Philippe C. *Political Accountability in "Real-Existing" Democracies*: Meaning and Mechanisms. Italia: Istituto Universitario Europeo Firenze, 2007.

SERRANO, Pedro; VALIM, Rafael. Lei de Acesso à Informação pública: um balanço inicial. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 6, n. 62, set. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ary. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direitos sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. *In*: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Direito público e evolução social*: 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/index.asp>. Acesso em: 03 out. 2012.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AÇÕES AFIRMATIVAS, JUSTIÇA E IGUALDADE[1]

9.1 As ações afirmativas são justas?

A Constituição de 1988 define o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito.[2] Ora, o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como um Estado de Justiça. Não de qualquer justiça, subjetiva e arbitrariamente orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição, mas sim de uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria Constituição. O ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito há de ser apreendido não apenas como aquele formalmente desenhado pela ação dos órgãos legislativos. Trata-se, antes, de apreendê-lo como bloco de ordenação normativa proveniente da ação daqueles órgãos, mas dotado de um sentido substantivo determinado. A ordenação jurídica desse Estado haverá de ser, necessariamente, uma ordenação justa.

O conteúdo das emanações normativas do Estado brasileiro encontra-se orientado para produzir uma ordem jurídica justa. Nos termos do Preâmbulo da Carta de 1988, os Constituintes reuniram-se para "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, na ordem interna e internacional [...]". Não cabe, aqui, discutir o valor normativo do Preâmbulo.[3] É suficiente verificar que o Preâmbulo, no mínimo, presta-se para informar a principiologia que orienta o Estado brasileiro e a produção normativa desse Estado.

---

[1] A primeira versão deste texto deriva de parecer elaborado para o Instituto dos Advogados do Brasil e foi, originalmente, publicada na *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional* (Belo Horizonte, ano 1, n. 11, p. 29-38, 2003). Posteriormente, o trabalho serviu de base para conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte no ano de 2010. A presente versão incorpora valiosas sugestões dos Professores e Advogados Melina Breckenfeld Reck, Ana Lúcia Pretto Pereira e Bruno Meneses Lorenzetto.

[2] Conforme o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A Constituição alemã, promulgada em maio de 1949, dispõe no art. 20.1: "A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social". Na Constituição de 1978, art. 1º, o Constituinte espanhol fixou que a "Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito [...]". Quanto à Constituição portuguesa de 1976, no art. 2º, preceitua que "A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático [...]".

[3] Sobre o tema, conferir: CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 1, p. 74-80.

Da atenta leitura da Constituição, é possível deduzir uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa. Referido conteúdo se expressa mediante regras ou princípios plasmados na Constituição (democracia, república, legalidade, segurança, justiça social e igualdade, entre outros), que, agrupados em torno dos direitos fundamentais, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira. Ora, a reserva de justiça condensada na Constituição vincula todos os órgãos constitucionais.[4] Embora ela autorize várias leituras (comunitária, republicana e liberal igualitária), repelindo outras (libertária, anárquica, perfeccionista ou comunista), condensa um núcleo substantivo compartilhado pelas mais importantes teorias da justiça. Para além disso, cumpre reconhecer que as diferentes *concepções de justiça*, no sentido de Perelman e John Rawls, plurais e substantivas, implicam cosmovisões singulares sobre o que é justo para, completando com conteúdo o *conceito* formal, fornecer critérios de escrutínio para a qualificação ou justificação de situações (normativas ou fáticas) como justas ou injustas. Ora, numa sociedade aberta e democrática, "na medida em que sabemos onde residem os desacordos, mais possibilidades haverá de superá-los".[5] De qualquer modo, há na reserva de justiça plasmada na Constituição um núcleo duro que aponta para a igualdade, inclusive fática, simultaneamente de direito, princípio e objetivo, enquanto critério para o escrutínio da justiça das posições sociais. De modo que a conexão entre justiça e igualdade deve estar presente não apenas no momento da aplicação do direito, mas também no anterior identificado com a sua construção normativa e institucional. A igualdade, na hipótese, é "um ideal a ser alcançado, e está implícito em toda e qualquer concepção plausível de justiça política".[6] Nesse caso, a sociedade é justa porque considera os cidadãos iguais. Ora, "isso exige instituições e normas que promovam a igualdade factual, isto é, políticas sociais de igualação ou equiparação".[7]

Falemos um pouco sobre a mais conhecida teoria da justiça inscrita no campo liberal igualitário. Para John Rawls, é possível imaginar um acordo hipotético — um contrato social — em função do qual as pessoas escolheriam, a partir de uma posição original, os princípios reitores da sociedade.[8] Rawls chama este artifício de "véu de ignorância". As pessoas, desconhecendo a posição futura na qual residirão e também quais bens e princípios seriam disputados no meio social, consentem — previamente — sobre a ordenação da sociedade.

Como lembra Michael Sandel, ao ocultar a posição das pessoas na sociedade, "suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha".[9] Em verdade, Rawls manifesta oposição tanto ao utilitarismo como ao intuicionismo na sua teoria da justiça.[10] No seu sentir, sob o "véu de ignorância",

---

4 Sobre a questão, ver nosso posicionamento em: CLÈVE. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 138-139.

5 VELASCO. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica, p. 55.

6 VELASCO. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica, p. 91.

7 VELASCO. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica, p. 91.

8 Cf. RAWLS. *Uma teoria da justiça*.

9 SANDEL. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa, p. 188.

10 Como relata Will Kymlicka: "Rawls, porém, começa seu livro queixando-se de que a teoria política estava presa entre dois extremos: o utilitarismo, por um lado, e uma mixórdia incoerente de idéias e princípios, por outro lado. Rawls chama 'intuicionismo' esta segunda opinião, uma abordagem que é pouco mais do que uma série de anedotas baseadas em intuições específicas a respeito de questões específicas" (*Filosofia política contemporânea*: uma introdução, p. 64). Expõe Roberto Gargarella que: "Rawls, como muitos outros liberais, defenderá uma concepção não-conseqüencialista ('deontológica'), isto é, uma concepção segundo a qual a correção moral de um ato depende das qualidades intrínsecas dessa ação — e não, como ocorre nas posturas 'teleológicas', de suas conseqüências, de sua capacidade para produzir certo estado de coisas previamente avaliado" (*As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política, p. 3-4).

desconhecida pelos contratantes a posição social que cada um ocupará, é possível escolher um conjunto de princípios para a ordenação da sociedade, implicando, para todos, a livre busca de objetivos e o tratamento com igual consideração e respeito.

Sobre a escolha dos princípios de justiça, para Rawls, as condições procedimentais imparciais conduziriam à formação da "justiça como equidade". Ora, os princípios de justiça imparciais são aqueles que resultam das escolhas realizadas por pessoas livres, racionais, interessadas em si mesmas, situadas na posição original de igualdade. Nessa posição, os indivíduos escolheriam "bens primários", como anota Roberto Gargarella:

> Os "bens primários" que Rawls supõe são de dois tipos: a) os bens primários de tipo social, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais (como a riqueza, as oportunidades, os direitos); e b) os bens primários de tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (como, por exemplo, os talentos, a saúde, a inteligência etc.).[11]

A oposição ao utilitarismo[12] fica evidente quando Rawls sustenta que, diante da "loteria natural", uma minoria religiosa, étnica ou econômica não pode ser oprimida, mesmo em nome do "bem comum" ou da "felicidade" da maioria.

Nuclear para a teoria de Rawls é o "princípio da diferença", segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas só podem ser toleradas caso promovam o benefício dos que ocupam as posições menos vantajosas dentro da comunidade. O princípio da diferença substancia, de certa maneira, um corretor das desigualdades naturais. Nos termos do princípio, a distribuição de renda e de oportunidades não pode ser fundada em pautas arbitrárias.

Explica Sandel que:

> Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. [...] Uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas.[13]

A igualdade de posições — para além da perspectiva da igualdade formal de oportunidades — exige a implementação de políticas para compensar ou assistir minorias, adotando meios para que todos os membros de uma determinada comunidade possam, ao menos, ter a mesma situação para o desenvolvimento de suas habilidades, implicando isso análogo "ponto de partida"[14] para todos.

---

[11] GARGARELLA. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 23.

[12] De acordo com Kymlicka: "O utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produza a maior felicidade para os membros da sociedade" (*Filosofia política contemporânea*: uma introdução, p. 11).

[13] SANDEL. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa, p. 191.

[14] Cf. DUBET. *Repensar la justicia social*: contra el mito de la igualdad de oportunidades. De acordo com Kylimcka: "A visão prevalecente sugere que remover as desigualdades sociais dá a cada pessoa uma oportunidade igual de adquirir benefícios sociais e, portanto, sugere que quaisquer diferenças de renda entre indivíduos são obtidas

Na obra *Uma teoria da justiça*,[15] Rawls afirma como não defensáveis as teses que argumentam no sentido de que as instituições são sempre falhas, pois a distribuição dos talentos naturais e as contingências advindas das condições sociais são injustas. Se, em verdade — é o que sustenta —, a distribuição natural, *per se*, não pode ser avaliada como justa ou injusta, a avaliação da justiça ou injustiça da sociedade decorre da forma como as instituições lidam com os fatos naturais. E é justamente neste registro que sua obra se desenvolve ao defender que as instituições elementares da sociedade *devem ser* justas. Portanto, a justiça política supõe um conjunto de princípios que, incidindo sobre as instituições básicas da sociedade, reclamam uma distribuição adequada das cargas e dos benefícios da cooperação social.

A preocupação de Rawls com a implementação da justiça autoriza, portanto, o manejo de instrumentos adequados visando uma justa distribuição de direitos e recursos, sempre escassos e custosos.[16] Por isso, as ações afirmativas constituem uma forma de correção das desigualdades naturais em sociedades atravessadas por disparidades de diversas ordens. A sociedade igualitária poderia ser alcançada, sustenta o autor, "se cada pessoa contasse com o mesmo conjunto de *bens primários* — entendendo por tais aqueles bens que todo mundo gostaria de ter porque constituem meios indispensáveis para realizar qualquer plano de vida".[17] Ora, Rawls inclui entre eles as liberdades e direitos, as oportunidades e a renda ou riqueza.

Também Dworkin, compartilhando vários dos pressupostos de Rawls, embora mais preocupado com a distribuição de recursos e a questão da responsabilidade pessoal das pessoas em relação às escolhas que fazem, desenvolve esforços para desenhar uma concepção liberal e igualitária da justiça política.[18]

As concepções igualitárias de Rawls e Dworkin, substanciando contribuições inestimáveis para o debate contemporâneo, são, todavia, ainda prisioneiras da ideia de justiça de *meios*, que implicam, de certa forma, manifestação de certo desinteresse

---

pelo trabalho, o produto do esforço ou das escolhas das pessoas. Os naturalmente deficientes, porém, não têm uma oportunidade igual de adquirir benefícios sociais e sua falta de sucesso não tem nenhuma relação com suas escolhas ou esforço. Se estamos genuinamente interessados em remover desigualdades imerecidas, então, a visão prevalecente de igualdade de oportunidades é inadequada" (*Filosofia política contemporânea*: uma introdução, p. 72).

15 Cf. RAWLS. *Uma teoria da justiça*.

16 Cf. HOLMES; SUNSTEIN. *El costo de los derechos*.

17 VELASCO. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica, p. 95.

18 Possivelmente, o aspecto mais original na teoria da justiça de Ronald Dworkin seja sua proposta de uma comunidade liberal, em que se forma a figura do "liberal integrado", o qual não separa sua vida privada da vida pública. "Ele considera a própria vida desvalorizada — uma vida menos virtuosa do que poderia ter — se vive em uma comunidade injusta, por mais que tente fazê-la justa. Essa fusão de moralidade política e interesse próprio crítico parece constituir o verdadeiro ponto nevrálgico do republicanismo cívico, a maneira importante como os indivíduos devem fundir seus interesses e sua personalidade à comunidade política. Ela afirma um ideal nitidamente liberal, que só pode florescer dentro de uma sociedade liberal. Não posso garantir, obviamente, que uma sociedade de cidadãos integrados gere inevitavelmente uma sociedade mais justa do que uma comunidade não integrada. A injustiça é conseqüência de muitos outros fatores — de falta de energia ou esforço, fraqueza de vontade, erro filosófico" (*A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade, p. 324). Ainda, sobre sua tese conciliadora do republicanismo e do liberalismo, trata o autor: "Uma ética geral competente precisa reconciliar esses dois ideais. Eles só podem ser adequadamente reconciliados, porém, quando a política tiver êxito na distribuição dos recursos da maneira que a justiça exige. Realizada a distribuição justa, então os recursos controlados pelas pessoas são moral e também legalmente seus; usá-los como desejam, e como os apegos e os projetos especiais requerem, não deprecia seu reconhecimento de que todos os cidadãos têm direito a um quinhão justo. Porém, quando a injustiça é substancial, as pessoas que se sentem atraídas por ambos os ideais — dos projetos e apegos pessoais de um lado, e a igualdade de consideração política do outro — são colocadas em uma espécie de dilema ético. Precisam comprometer um dos ideais, e cada direção dessa transigência obstrui o êxito crítico de sua vida" (DWORKIN. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade, p. 327-328).

pelos *resultados* da ação humana.[19] Ora, Amartya Sen desenvolve um pensamento que ultrapassa a dicotomia justiça dos meios/justiça dos resultados, de modo que "a essência da justiça não repousa nem sobre a igualdade de meios (direitos e recursos), nem sobre a igualdade de resultados (nível de bem-estar), mas sobre a igual *capacidade* dos indivíduos de fazer com os meios os resultados que reclamam a sua concepção de vida".[20] A proposta de Amartya Sen aponta, portanto, para uma crítica das concepções de justiça marcadas pelo compromisso exclusivamente redistributivista. Ora, os mesmos recursos serão convertidos em resultados de maneira distinta, por pessoas diferentes, conforme as condições concretas que experimentem. Daí a preocupação com a *capacidade* e, mais do que isso, com a igual capacidade de todos para o exercício efetivo das liberdades.[21] Ora, as pessoas reúnem um conjunto muito diferente de condições para transformar meios em resultados. Sen pensa em *funcionamentos* (condições) muito diferentes, desde os "mais elementares, tal como conseguir um nível nutricional adequado, até os mais complexos, como alcançar o autorrespeito ou o reconhecimento em sociedade".[22] A satisfação das capacidades para o exercício efetivo das liberdades, supõe, obviamente, um atuar positivo do Estado concretizado através da adoção de políticas públicas capacitantes. Nesse sentido, as ações afirmativas e, entre elas, as cotas são apenas algumas das políticas que podem ser adotadas.

Neste ponto, importa ir além da polêmica desenvolvida há algum tempo entre os que propõem políticas públicas de redistribuição e aqueles que defendem ações concebidas a partir da lógica do reconhecimento. Talvez seja o caso de concordar com Axel Honneth, para quem a justiça distributiva é, ao fim e ao cabo, também uma forma de reconhecimento.[23] Ou mesmo de admitir, com Nancy Fraser, que a justiça requer, simultaneamente, políticas de distribuição e de reconhecimento, políticas estas que podem ser conciliadas.[24] Aliás, devem ser conciliadas, convém acrescentar, quando se está a cuidar da Constituição brasileira.

Os Estados Unidos buscaram, ao longo das últimas décadas, promover a correção de injustiças sociais decorrentes de uma história marcada pela segregação racial através da implementação de ações afirmativas.[25] Por isso, o "Caso *Bakke*" é tratado como paradigmático nas questões referentes às ações afirmativas.

Ronald Dworkin relata que:

> Em 1978, no famoso processo *Bakke*, a Suprema Corte decretou que os planos de admissão sensíveis à raça não violam a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que declara

---

19 GÉNÉREUX. *Les vrais lois de l'économie*, p. 116.

20 GÉNÉREUX. *Les vrais lois de l'économie*, p. 116-117, tradução livre.

21 SEN. *Repenser l'inegalité*. Também Sen com suas obras: *Desigualdade reexaminada* e *A ideia de justiça*.

22 VELASCO. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica, p. 101.

23 HONNETH. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais.

24 FRASER. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da Justiça. *In*: SARMENTO, IKAWA; PIOVESAN (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*, p. 167-189.

25 Veja-se o caso *Sweatt vs. Painter* (1950), proveniente de um caso de segregação racial da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, em que foi negada, no ano 1946, a admissão a Heman Marin Sweatt pelo fato de a universidade não admitir alunos negros. Esse caso se tornou um marco para a Suprema Corte, junto com outras ações, como *Brown vs. Board of Education* (1954), em que a Suprema Corte declarou inconstitucionais as leis que estabeleciam escolas públicas separadas para negros e brancos, com fundamento na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que prevê a igual proteção aos cidadãos, nos seguintes termos: "Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis".

> que "nenhum Estado poderá negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis", contanto que tais planos não estipulem quotas fixas para qualquer raça ou grupo, porém considerem a raça somente como um fator entre outros. Em 1996, porém, no processo *Hopwood*, o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação declarou inconstitucional o programa de admissões da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, e dois dos três juízes que constituíram a maioria desse processo declararam que o veredicto de *Bakke* fora anulado, embora não expressamente, por decisões mais recentes da Suprema Corte.[26]

As polêmicas envolvendo as ações afirmativas são múltiplas. Enquanto os defensores insistem na importância da adoção de políticas sensíveis para diminuir ou extinguir o impacto da condição vulnerável no longo prazo, seus críticos entendem que a ação afirmativa, ao invés de emancipar os negros, "sacrificou-os", ao perpetuar a noção de inferioridade perante os brancos, resultando em novas tensões envolvendo a questão racial e não sendo capaz de integrá-los de maneira efetiva a uma comunidade "indiferente à cor" (*color blind*).

No campo universitário, duas propostas relativas às ações afirmativas merecem ser lembradas. A primeira é a da promoção da *igualdade de posições*, ou seja, mesmo que um diploma universitário não constitua garantia de uma carreira de sucesso, tem o forte potencial de "abrir portas" e auxiliar a superação de estereótipos negativos. A segunda trata da necessidade de formação de lideranças, pessoas que possam ocupar postos privilegiados na comunidade e também mitigar a perspectiva preconceituosa do determinismo racial.

Nas sociedades com minorias sub-representadas, é importante a adoção de medidas tendentes a remediar as desigualdades e impedir a perpetuação da estratificação social, ou seja, a dominação de um grupo hierárquico que se consolida em função de determinado arranjo desigual nas divisões de poder e renda na comunidade.

A sub-representação social de uma minoria, por consequência, afetará o acesso desta aos bens sociais disponíveis. No caso, a educação superior é tratada como um recurso valioso e escasso. As ações afirmativas motivadas por fatores raciais são defendidas por Dworkin da seguinte maneira:

> [...] é possível distinguir a ação afirmativa do uso maligno da raça, pelo menos em princípio, de duas maneiras. Em primeiro lugar, podemos definir um direito individual que as formas malignas de descriminação violam, mas em programas bem elaborados de ação afirmativa não o fazem: esse é o direito fundamental que cada cidadão tem de ser tratado pelo governo, como igualmente digno de consideração e respeito. Nega-se esse direito ao cidadão negro quando as escolas justificam a discriminação contra ele recorrendo ao fato de que outras pessoas têm preconceito contra membros de sua raça.[27]

Nos Estados Unidos, a cláusula da igual proteção visa a proteger os cidadãos de discriminações ou classificações desvantajosas. Contudo, não há violação da referida cláusula quando um grupo de interesse, um coletivo, não é favorecido por determinada decisão política, manifestando-se violação apenas quando o fato implicar redução a uma posição desvantajosa.

---

[26] DWORKIN. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade, p. 544-545.

[27] DWORKIN. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade, p. 574.

Para Dworkin, a cláusula não constitui uma garantia de que todos serão contemplados pelos benefícios das decisões políticas, mas de tratamento igualitário — com igual consideração e respeito — nas deliberações e nos processos políticos que produzem tais decisões.[28]

Ademais, de acordo com o autor citado, a adoção do critério da raça na promoção das ações afirmativas não viola qualquer direito individual daqueles que pleiteiam ingresso na universidade. Logo, Cheryl Hopwood, a estudante preterida que reivindicou vaga na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, para Dworkin, não teria razão ao defender o critério do mérito como único a autorizar o acesso ao ensino superior. Nenhum candidato teria o direito de compelir a universidade a conformar sua política de admissão de modo a prestigiar determinadas características em detrimento de outras (no caso, o mérito).[29]

O último caso em debate nos Estados Unidos cuidando das ações afirmativas envolveu demanda proposta por Abigail Fisher contra a Universidade do Texas, na qual a autora alegou ter sido preterida em razão da cor de sua pele, fato que violaria a cláusula de igual proteção dos cidadãos da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. A Universidade do Texas, em sua defesa, lembrou que a instituição utilizou critério de segregação racial por 70 anos e que seu primeiro aluno negro, Heman Sweatt, só foi admitido em 1950, de acordo com o precedente *Sweatt vs. Painter*. Mais do que isso, sustentou que em 2003, no caso *Grutter vs. Bollinger* — através do qual foi revisto o entendimento anterior derivado de *Hopwood vs. Univeristy of Texas School of Law* (1996) —, foi reconhecida a constitucionalidade das admissões baseadas em raça.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão no julgamento da ADPF nº 186, aforada pelo Partido Democratas contra a política de cotas étnico-raciais para o ingresso de estudantes na Universidade de Brasília — que reservava 20% das vagas para negros e um pequeno percentual para indígenas pelo prazo de 10 anos. O STF julgou a ADPF nº 186 improcedente por unanimidade em abril de 2012, criando, dessa forma, um importante precedente referente à constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil.[30]

---

[28] DWORKIN. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade, p. 584.

[29] DWORKIN. Why Bakke has no Case. *New York Review of Books*. Segundo Sandel: "Candidatos preteridos como Hopwood podem não considerar essa distinção satisfatória, mas ela realmente demonstra certa força moral. A faculdade de direito não afirma que Hopwood seja inferior ou que a minoria dos alunos admitidos em seu detrimento mereça o privilégio que ela não mereceu. Ela diz apenas que a diversidade racial e étnica em sala de aula e nos tribunais serve aos propósitos educacionais da faculdade de direito. E, embora a realização de tais propósitos viole de certa forma os direitos dos perdedores, os candidatos preteridos não podem alegar legitimamente que foram tratados de forma injusta" (SANDEL. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa, p. 219).

[30] Segundo o relator Ministro Ricardo Lewandowsky: "Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. [...] Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países, destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados. [...] Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo *improcedente* esta ADPF".

Forma de ação afirmativa voltada para a ampliação das possibilidades de ingresso de grupos vulneráveis nas universidades e instituições federais foi prevista pela Lei nº 12.711/2012, nos termos da qual:

> Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) *per capita*. [...]
> Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

A lei também prevê a revisão periódica do programa de inclusão social, do seguinte modo:

> Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior.[31]

A lei em questão foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824/2012, que previu a criação do "Comitê de Acompanhamento e Avaliação das Reservas de Vagas nas Instituições Federais de Educação Superior e de Ensino Técnico de Nível Médio", bem como privilegiou o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) como critério de avaliação dos estudantes para o ingresso nas instituições federais de educação superior.[32]

Deve-se tomar o cuidado de não reduzir a abrangente questão das ações afirmativas (que se manifestam de diversas formas e através de distintas políticas) com a utilização de cotas nas universidades para a admissão de minorias social e economicamente segregadas. As ações afirmativas, afinal, encaixam-se numa perspectiva mais ampla da busca por remediar as desigualdades existentes na sociedade (boa parte proveniente da loteria natural). De qualquer modo, a utilização das ações afirmativas é emblemática e pode servir de modelo para outras tentativas de correção de distorções injustas das posições ocupadas pelas pessoas originariamente.

Existem vários mecanismos de ações afirmativas e o uso de cotas é apenas um deles. No caso das pessoas com deficiência, o art. 37, VIII da Constituição Federal prevê

---

[31] Nos Estados Unidos, há mais de cinco décadas admitiu-se que a raça seja utilizada como critério para o ingresso nas universidades, contudo, esta ação afirmativa foi vetada em alguns estados (Washington, 1998; Califórnia, 1997; Arizona, 2010; Michigan, 2001; Nebraska, 2008), enquanto em outros a questão está em discussão (Nebraska).

[32] Sobre a questão, remete-se a artigo de Daniela Ikawa, que defende um direito à redistribuição por políticas de ação afirmativa para negros em universidades: IKAWA. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. *In*: SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*.

a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos,[33] enquanto a Lei nº 7.853/1989 foi um importante marco regulador, com a previsão de políticas afirmativas de direitos em diversos setores, como na educação, na saúde, na formação profissional, nos recursos humanos e nas edificações.[34]

[33] Luiz Alberto David Araujo observa que: "Trata-se de política pública bem determinada, que viu na possibilidade de as pessoas portadoras de deficiência ingressarem no serviço público uma forma de compensação pelas gerações de discriminados, marginalizados pelas políticas governamentais. É uma forma de incluir esse grupo de pessoas. Por tal razão, a Constituição tratou de garantir o direito material à igualdade. Criou distinção para permitir que, com o tempo, haja a integração desse grupo de pessoas" (A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação de direitos. *In*: SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*, p. 915).

[34] De acordo com a Lei nº 7.853/1989: "Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: I - na área da educação: a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios; b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas; c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino; d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência; e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo; f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino; II - na área da saúde: a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência; b) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas; c) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação; d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados; e) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado; f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social; III - na área da formação profissional e do trabalho: a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns; c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência; d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência; IV - na área de recursos humanos: a) a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional; b) a formação e qualificação de recursos humanos que, nas diversas áreas de conhecimento, inclusive de nível superior, atendam à demanda e às necessidades reais das pessoas portadoras de deficiências; c) o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em todas as áreas do conhecimento relacionadas com a pessoa portadora de deficiência; V - na área das edificações: a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte". Guilherme José Purvin de Figueiredo relata que: "No âmbito do Direito do Trabalho, com base na Lei nº 7.853/89, a partir de 1989 tornou-se possível a propositura de ação civil pública (ou coletiva) em defesa de trabalhadores portadores de deficiência, objetivando, por exemplo, a construção de rampas para acesso de trabalhadores paraplégicos ao local de trabalho" (FIGUEIREDO. A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho. *In*: FIGUEIREDO. *Direitos da pessoa portadora de deficiência*, p. 58). No Estado do Paraná, há um anteprojeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual foi amplamente debatido com a comunidade em geral e com o grupo específico de interessados. O anteprojeto de lei e seu processo de discussão se encontram no Procedimento Administrativo nº 11.167.114-1/PR.

No que tange à proteção dos idosos, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, protege o direito ao atendimento prioritário aos idosos, nos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, a prioridade no recebimento da restituição do imposto de renda, bem como na formulação e execução de políticas públicas específicas.

Em ADI aforada no ano de 2006, a Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (NTU) alegou inconstitucionalidade do art. 39 da referida Lei, que assim dispõe: "Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares". A ADI nº 3.768-4/DF em questão teve o seguinte julgamento:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o §2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Ainda, pode-se colacionar a questão referente à cota de no mínimo 30% de candidaturas de gêneros distintos, conforme disposto pela Lei nº 9.504/1997:

> Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinqüenta por cento do número de lugares a preencher. [...] §3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).[35]

Com a Resolução nº 23.373/2011, do Tribunal Superior Eleitoral, houve mudança importante em relação ao entendimento da referida Lei, implicando passagem da simples reserva de 30% das vagas para um mínimo obrigatório. Cabe ao Ministério Público Eleitoral a fiscalização do devido cumprimento desse percentual pelos partidos nas eleições, sendo oportuna a informação e conscientização dos partidos da importância da pluralidade de gênero no pleito eleitoral.

---

[35] Um exemplo relativo à questão de gênero pode ser observado na Corte Constitucional Alemã: "O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), em decisão de 28 de janeiro de 1987, julgou conforme à Constituição um dispositivo legislativo que previa que as mulheres poderiam se aposentar na idade de 60 anos, ao passo que os homens só se aposentariam aos 65 anos, sob o fundamento de que a diferença de tratamento seria necessária para compensar a dupla jornada a que estão submetidas: a de seus trabalhos assalariados e a familiar, como mães e donas de casa. Em outra oportunidade, em aresto de 28 de janeiro de 1992, o Tribunal declarou a constitucionalidade de uma discriminação positiva favorável às mulheres que consistia na proibição de trabalho feminino noturno, fundado no art. 3º, alínea II da Constituição [...]" (SILVA. *Princípio constitucional da igualdade*, p. 69).

9.2 O princípio constitucional da igualdade

Afirmativas, portanto, são chamadas as ações e políticas públicas implementadas para a efetivação do princípio constitucional da igualdade. Este, um dos pilares da democracia moderna, substancia direito fundamental, princípio, objetivo e elemento nuclear da *reserva de justiça*[36] plasmada na Constituição Federal. A propósito, assevera Joaquim Barbosa Gomes:

> Concebida para o fim específico de abolir os privilégios característicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na posição social, essa concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.[37]

Mais do que igualdade perante a lei, trata-se de exigir consideração isonômica na lei, de modo a superar a inconsistência da proclamação meramente formal. Como bem observa Fábio Konder Comparato, "sempre se suspeitou que a abstração isonômica servisse apenas para encobrir as terríveis desigualdades de fortuna e condição material, no seio do povo".[38]

Cármen Lúcia Antunes Rocha, aliás, assevera que:

> [...] o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado da isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha até então cuidado. Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.[39]

Há, hoje, no Brasil, consenso a respeito da necessidade de uma concepção substantiva do princípio da igualdade, implicando olhar atento sobre as diferentes condições reais que apartam os seres humanos na concretude de suas existências, de sorte a exigir que situações dessemelhantes sejam tratadas, por meio de políticas públicas especialmente concebidas, de forma adequada, tudo para a superação das heranças trágicas que, desgraçadamente, entre nós abraçam a muitos. Concorda-se, portanto, que do Estado

---

[36] Como anota Oscar Vilhena Vieira: "Caso se aceite a idéia da Constituição como 'reserva de justiça', como ponto de encontro entre a moralidade política e o direito positivo, então seus intérpretes e aplicadores serão obrigados a utilizar métodos jurídicos e argumentativos de interpretação toda vez que se virem frente a um caso regido por princípios não plenamente densificados pelo processo de positivação constituinte, toda vez que tiverem que decidir se uma determinada reforma favorece ou desfavorece a realização do princípio da separação dos Poderes ou dos direitos fundamentais. Assim, após levar em consideração a Constituição como lei, por intermédio dos diversos métodos de interpretação que auxiliam na redução da discricionariedade judicial, a doutrina e os precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para alcançar a devida compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais, que constituem aspirações a uma ordem justa incorporadas pela própria Constituição" (*A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, p. 237-238).

[37] GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 2.

[38] COMPARATO. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 69.

[39] ROCHA. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 86.

cabe exigir mais do que a satisfação formal do direito fundamental ou a ação, omissiva ou comissiva, para prevenir ou reprimir inaceitável discriminação. É dever do Estado atuar positivamente para a redução das desigualdades sociais.

Cumpre, na altura, lembrar que Celso Antônio Bandeira de Mello formula teoria que possibilita observar os casos em que a atuação do Estado para a equalização das desigualdades é pertinente. Observa o jurista que existem três tópicos a serem considerados no momento do reconhecimento das diferenciações:

> a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de descrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.[40]

Deve-se, diante do exposto, investigar o critério adotado como discriminador, se o mesmo atende a uma justificativa racional, para a edição de tratamento jurídico específico para o caso objeto da desigualdade e, ainda, observar se não ocorre qualquer conflito com os axiomas dispostos na Lei Fundamental.[41]

Por outro lado, sustenta Joaquim Barbosa Gomes:

> Como se sabe, a ideia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis dispositivos constitucionais e legais, muitos deles promulgados com o objetivo expresso de fazer cessar o *status* de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco e quase nada mudou. Esse mesmo fenômeno de inefetividade constitucional ocorre igualmente no que diz respeito ao *status* da mulher na sociedade. Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa.[42]

---

[40] BANDEIRA DE MELLO. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 21.

[41] Deve-se ter o cuidado de não confundir as discriminações positivas, que procuram emancipar minorias marginalizadas, com as discriminações sem justificativas, também chamadas de "odiosas", como observa Fernanda D. L. Lucas da Silva: "[...] o *leading case* nesse campo é *Skinner versus Oklahoma*, 313 U.S. 535 (1942): [...] no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou lei estadual de odiosa inspiração 'lombrosiana' que estabelecia a esterilização dos condenados reincidentes por crimes apenados com reclusão e que envolvessem torpeza moral (*felonies involving moral turpitude*). Ao declarar a inconstitucionalidade de tal estatuto, o órgão máximo do Judiciário americano entendeu que o direito de procriar configura uma liberdade individual insubtraível e que, portanto, qualquer interferência legislativa em seu domínio somente pode justificar-se por motivos superiores e imperiosos, o que, à evidência, não ocorria na espécie. Registra Hall [...] que a Suprema Corte determinou que algumas classificações são suspeitas, como, por exemplo, raça e religião, e portanto legislação discriminatória contra minorias raciais e grupos religiosos dificilmente são sustentáveis" (*Princípio constitucional da igualdade*, p. 96-97).

[42] GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 36-37.

Com efeito, o constitucionalismo emancipatório, comprometido com a dignidade da pessoa humana, propugna por uma fórmula jurídica do princípio da igualdade suficiente para, através de uma política de desigualação positiva, promover a igualação efetiva.

Neste ponto, importa apontar possível incompreensão relativa ao art. 3º, IV da CF, que prevê como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Trata o referido dispositivo constitucional de garantia da igualdade, que se conecta ao reconhecimento de todas as pessoas como sujeitos de direitos, não tolerando, no ordenamento jurídico brasileiro, discriminações injustificadas. O mesmo pode ser depreendido da leitura do art. 5º, XLI, que trata da punição de discriminações que violem os direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a previsão de punição para o ato discriminatório e preconceituoso é reflexo de uma das dimensões da igualdade, de modo que, sendo todos iguais perante a lei, no contexto da sua aplicação não pode haver discriminação sob pena de violação direta da Constituição. Contudo, a dimensão da igualdade referida não é suficiente para o reconhecimento e emancipação de grupos com diferenças e especificidades circunscritas. Aqui emerge a exigência da igualdade material, como observa Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

> E somente ações políticas, aplicadas ou reguladas pelo Estado, em suas diversas esferas da administração, podem garantir a efetividade da igualdade material, corrigindo desigualdades. E é neste contexto que se situam as políticas públicas que estabelecem discriminações positivas, as ações afirmativas.[43]

Nesse intento de concretização do princípio da igualdade substancial, a *ação afirmativa*, verdadeiro modo de *discriminação positiva ou reversa*, apresenta-se como "o mais ousado e inovador experimento constitucional concebido pelo Direito no século XX, como instrumento de promoção da igualdade e de combate às mais diversas formas de discriminação".[44] Nos termos do magistério de Cármen Lúcia Antunes Rocha, "a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica".[45]

Ora, esse conteúdo deve ser desenhado com os insumos residentes na Lei Fundamental. O artigo 1º, inciso III da Constituição erige como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O artigo 3º, inciso IX constitui, como um dos objetivos fundamentais da República, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Além disso, o *caput* do artigo 5º estabelece que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

---

[43] FRISCHEISEN. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil*: alguns caminhos e possibilidades, p. 54.

[44] GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 8. No mesmo sentido veja-se a lição de Fernanda D. L. Lucas da Silva: "Desde então, *ação afirmativa* passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Com efeito, a mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim nas entidades públicas e privadas" (*Princípio constitucional da igualdade*, p. 63).

[45] ROCHA. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 90.

Analisando os apontados dispositivos constitucionais, Cármen Lúcia Antunes Rocha, com perspicácia, ressalta:

> [...] não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se refez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito. A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patente em toda estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica, concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo. [...] O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). [...] Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos. [...] Somente a *ação afirmativa*, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos.[46]

Como se vê, o princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º, reclama a redução das desigualdades. Razão pela qual não basta que o Estado proíba a discriminação ou se abstenha de discriminar. Importa, também, atuar positivamente no sentido da redução das desigualdades, até porque a mera vedação de tratamentos discriminatórios, conforme já acentuado, não tem o condão de realizar os objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Destarte, é indubitável que a Constituição de 1988 operou a transformação da igualdade, implicando a passagem de um conceito constitucional estático e negativo para outro dinâmico e positivo, de sorte que o princípio constitucional supõe também satisfação de obrigação positiva cuja expressão democrática mais atualizada é a *ação afirmativa*.

Nessa esteira, convém citar outra vez Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem:

> [...] a *ação afirmativa* constitui, portanto, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo. [...] é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação.[47]

É irrefutável, portanto, que a Constituição vigente conferiu novo conteúdo ao princípio da igualdade, autorizando a adoção de ações afirmativas quando necessárias. Convém realçar que a ação afirmativa — na terminologia europeia *discriminação*

---

[46] ROCHA. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 91-92.

[47] ROCHA. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 99.

positiva — surgiu nos Estados Unidos como política pública ou privada que visa não só à concretização do princípio da igualdade material, mas também à mitigação e neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de nacionalidade.

Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes, a discriminação positiva ou ação afirmativa:

> [...] consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *mainstream*, impedindo, assim, que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão. Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela a atingir.[48]

Saliente-se, por oportuno, que as ações afirmativas substanciam medidas excepcionais, temporárias, adequadas e, por isso, suficientes (e, então, proporcionais) para a garantia da igualação almejada com a ruptura dos preconceitos ou para a superação da discriminação.

Aliás, como bem ressalta Fábio Konder Comparato, a acusação geral feita às *affirmative actions* "é a de que esse tipo de remédio jurídico, quando admitido como algo de normal e rotineiro e não como medida excepcional, acaba por instaurar uma discriminação inversa, isto é, da minoria contra a maioria, numa negação prática da igualdade perante a lei".[49]

Adverte Cármen Lúcia Antunes Rocha que não se pretende com a ação afirmativa dar azo a novas discriminações, agora em desfavor das maiorias; os planos e programas de discriminação positiva devem, portanto, primar sempre pela adoção e fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de romper os preconceitos contra elas ou pelo menos de propiciar as condições para sua superação em face da convivência juridicamente obrigada.[50]

Entre as três grandes nações ocidentais (Estados Unidos, África do Sul, Brasil) marcadas pela agudeza das desigualdades sociais fundadas no fator racial, o Brasil não é o país que apresenta menos desigualdades.

Diante da situação, é não só justificável, mas exigível, a implementação de ações afirmativas (temporárias e proporcionais), não implicando necessariamente a adoção de cotas. Tais mecanismos, reitere-se, indiscutivelmente contribuem, quando bem geridos, para mitigar a desigualdade escandalosa e superar o *apartheid* informal ainda encontrável na sociedade brasileira, tudo conforme exige a Constituição compreendida como *reserva de justiça*.

---

[48] GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 22.

[49] GOMES. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 77-78.

[50] ROCHA. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 88.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação de direitos. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 69-78, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

DUBET, François. *Repensar la justicia social*: contra el mito de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Why Bakke has no Case. *New York Review of Books*, v. 24, 1977.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: M. Limonad, 1997.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da Justiça. *In*: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil*: alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GÉNÉREUX, Jacques. *Les vrais lois de l'économie*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, p. 85-99, 1996.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SEN, Amartya. *Repenser l'inegalité*. Paris: Éditions Le Seuil, 2000.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, Fernanda D. L. Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VELASCO, Marina. *O que é justiça*: o justo e o injusto na pesquisa filosófica. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

PARTE II

JUDICIÁRIO E FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

PÁGINA EM BRANCO

PODER JUDICIÁRIO
AUTONOMIA E JUSTIÇA[1]

1.1 Função jurisdicional e Judiciário

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu a esse Poder o monopólio da função jurisdicional. Não há mais autorização para a criação de contenciosos administrativos, como ocorria na Constituição revogada. O princípio da inafastabilidade da apreciação judicial obteve, com a Lei Fundamental, carga semântica reforçada.[2] Com efeito, o Constituinte estabeleceu que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF). A Constituição anterior referia-se apenas à hipótese de lesão e não à ameaça. Esta simples alteração na textura linguística da norma pode favorecer a emergência de teses que procuram restringir a liberdade de conformação normativa do Legislador quando atuada para suprimir mecanismos, ainda que de ordem infraconstitucional, existentes exatamente para a proteção de direitos ainda não lesionados, mas, entretanto, ameaçados de lesão.

Possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário é a competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades, entre elas o Presidente da República, pela prática de crimes de responsabilidade. Ora, pela lógica do sistema constitucional de controle recíproco entre os Poderes, deve mesmo caber ao Legislativo e não ao Judiciário o julgamento de questões dessa natureza quando envolvam agentes de superior hierarquia.

Todavia, essa possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário não compromete a expressão desse Poder. A partir do direito comparado é possível observar a situação privilegiada do Judiciário brasileiro. Na França, sob o prisma constitucional, não existe Poder Judiciário, mas antes uma autoridade judiciária.[3] Um corpo de funcionários com regime jurídico peculiar. Não obstante o esforço daqueles que procuram decalcar da jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* o fundamento para

---

[1] O texto original baseia-se em uma exposição preparada para o II Congresso dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Paraná, realizado pelo SINDIJUS em Curitiba, nos dias 25 e 26 de setembro/1992. Posteriormente, houve publicação deste trabalho na *Revista dos Tribunais* (São Paulo, v. 691, p. 34-44, 1993).

[2] Sobre o assunto, consultar: NERY JÚNIOR. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 130 *et seq.*

[3] BURDEAU. *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 657.

a justificativa da magistratura enquanto Poder, o certo é que a Constituição francesa não concedeu à magistratura a significação a ela atribuída pela Lei Fundamental brasileira. Ademais, a autoridade judiciária, naquele país, sofre importante amputação, em virtude da existência do contencioso administrativo (Tribunais Administrativos e Conselho de Estado).[4] Contencioso administrativo, aliás, encontrável também em outros países integrantes do território ocupado pelas democracias ocidentais: Bélgica[5] e Itália,[6] por exemplo. Ou mesmo nos EUA, com as comissões exercentes dos poderes quase legislativos e quase judiciais.[7]

1.2 O problema da autonomia

Talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça brasileira.

Em primeiro lugar, o Judiciário constitui um Poder do Estado residindo ao lado do Executivo e do Legislativo (art. 2º, CF). Mais do que isso, um poder com efetiva autonomia. Aliás, uma autonomia concedida no interesse dos jurisdicionados e não propriamente no interesse dos órgãos integrantes da estrutura judiciária. Trata-se de importante mecanismo possibilitador da independência do Judiciário, bem como de seus membros. Os poderes da República são *independentes* (e harmônicos), propõe o Constituinte (art. 2º, CF).

A independência do Judiciário é assegurada seja em virtude da (i) *autonomia institucional*, seja, ainda, em virtude da (ii) *autonomia funcional* concedida à magistratura.

A *autonomia institucional* desdobra-se em alguns princípios constitucionais norteadores da organização dos tribunais judiciários. No sistema jurídico brasileiro, vigoram os princípios organizativos do a) *autogoverno*, b) da *autoadministração*, c) da *inicialidade legislativa* e d) da *autonomia financeira*.

Em face desses princípios, compete aos próprios tribunais eleger seus dirigentes (art. 96, I, "a"). Uma olhadela no Direito comparado permite notar que nem todos os sistemas constitucionais caminham nesse diapasão. Basta um exemplo para ilustrar a afirmação. Nos EUA, compete ao próprio Presidente da República indicar (com aprovação do Senado) o nome do *Chief of Justice*, ou seja, o Presidente da Suprema Corte Americana que exercerá essa função de modo vitalício.[8] No Brasil, vigora o princípio da periodicidade dos mandatos, inclusive na esfera governativa interna do Judiciário.

Ante o princípio da autoadministração, compete aos próprios tribunais elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, além de velar pelo exercício da atividade correicional respectiva (art. 96, I, "b", CF), conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, "f", CF). O poder de autoadministração dos tribunais foi ampliado. Os tribunais passaram a poder prover os cargos necessários à administração da justiça (serviços auxiliares), bem como os dos juízes de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, "c", CF). Tem-se

---

4 VEDEL; DEVOLVE. *Droit administratif*, p. 383.

5 DEMBOUR. *Droit administratif*, p. 134 *et seq.*

6 BISCARETTI DI RUFFIA. *Derecho constitucional*.

7 CLÈVE. *Atividade legislativa do Poder Executivo*.

8 RODRIGUES. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*.

aqui, no último caso, verdadeira novidade institucional incorporada pela Constituição Federal de 1988. Em que país do mundo, afinal, conta o Judiciário com um poder de autoadministração tão pronunciado? É verdade que a Emenda Constitucional nº 45/2004 mudou um pouco esse quadro em função da criação do CNJ (Conselho Nacional da Justiça). Não se pode, todavia, esquecer que o CNJ integra o Poder Judiciário, de modo que, temperada a autonomia dos tribunais diante das competências do novo órgão, nem por isso a autonomia do Judiciário foi comprimida. Ao contrário, com a reforma constitucional, ela foi reforçada.

Do princípio da inicialidade legislativa decorre a iniciativa reservada de algumas leis. A primeira delas é o Estatuto da Magistratura Nacional, lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Diante do disposto no art. 93 da Constituição Federal, o Congresso Nacional não pode dispor sobre essa matéria sem a preliminar provocação da Suprema Corte brasileira. Depois, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de leis que disponham sobre (i) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; (ii) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (iii) a criação ou extinção dos tribunais inferiores, bem como (iv) a alteração da organização e da divisão judiciária (art. 96, II, da CF). O princípio da inicialidade legislativa impede a alteração de tais matérias sem a prévia provocação do Judiciário. Onde, em que país do mundo, o Judiciário detém idêntico poder de iniciativa legislativa? Ora, nos EUA, pelo menos de um ponto de vista formal, nem o Presidente da República ostenta tal poder.[9]

O princípio da autoadministração financeira é suficiente para autorizar os tribunais a gerir suas dotações orçamentárias (necessariamente entregues pelo Executivo, em duodécimos, a cada dia 20; art. 168 da CF),[10] bem como a elaborar suas propostas orçamentárias que, *a posteriori*, serão submetidas ao Poder Legislativo por ocasião da votação da lei orçamentária anual (art. 99 da CF). A Constituição de 1988 inovou quando possibilitou ao próprio Judiciário elaborar a proposta orçamentária. Essa inovação poderá produzir alguns problemas, ainda mais porque o Constituinte não foi muito claro quando cuidou da matéria. Não disse o Constituinte se o Judiciário deve encaminhar a proposta diretamente ao Poder Legislativo (a proposta constituiria uma providência assimilável à iniciativa legislativa) ou se, afinal, deve encaminhá-la ao Executivo, detentor da iniciativa privativa da lei orçamentária (art. 165 da CF).[11] De qualquer modo, deve a proposta do Judiciário ser, necessariamente, considerada no projeto de lei orçamentária, sujeitando-se à aprovação dos parlamentares. Convém, nesta altura, lembrar que a EC nº 45 incorporou ao art. 99 da Lei Fundamental dispositivos tratando parcialmente do assunto. Com efeito, os §§3º e 4º assim dispõem:

---

[9] SCHWARTZ. *Direito constitucional americano*.

[10] "Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, §9º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

[11] O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão administrativa realizada em 02 de agosto de 1989, que "o Presidente de cada Tribunal encaminhará proposta orçamentária, já aprovada, ao Presidente da República, para ser integrada, nos termos de sua formulação, ao projeto de lei orçamentária, que ao Chefe do Poder Executivo cabe enviar ao Congresso Nacional, na conformidade do disposto nos arts. 165, III, 166, parágrafo 6º, e 84, XXIII, da Lei Maior" (SILVEIRA. O Supremo Tribunal Federal e a nova ordem constitucional. *Jurisprudência Mineira*). Cf. também: RIBEIRO. A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. *BDJur – Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça*.

> §3º Se os órgãos referidos no §2º [*STF no âmbito da União e TJ no âmbito dos Estados e do Distrito Federal*] não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do §1º deste artigo.
> §4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do §1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

A *autonomia funcional* do Judiciário decorre do regime jurídico atribuído pela Constituição aos magistrados. Os membros do Poder Judiciário gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios, nos termos fixados pela Lei Fundamental (art. 95, I, II e III da CF).[12] A autonomia funcional é igualmente assegurada pelas vedações que alcançam os juízes (art. 95, parágrafo único, da CF: o exercício, ainda que em disponibilidade de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processos, o exercício de atividade político-partidária e, finalmente, receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei).

A autonomia, nas suas múltiplas dimensões, é condição da independência do Judiciário e da imparcialidade de seus membros. O sentido da imparcialidade exigida da magistratura será adiante esclarecido.

1.3 O problema do controle

Um Estado que se pretende Democrático de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle da função jurisdicional. São basicamente dois os tipos de controle reclamados. O primeiro (i) é o *controle da atividade jurisdicional propriamente dita*. O segundo (ii) é o *controle da legitimidade dessa atuação*.

O primeiro tipo de controle pode ser encontrado, sem maiores dificuldades, no sistema constitucional brasileiro. Em alguns casos, pode ser deduzido de princípios e regras constitucionais. O sistema de distribuição de competências jurisdicionais no Direito brasileiro sugere a existência do *princípio do duplo grau de jurisdição*.[13] O jurisdicionado, inconformado com uma decisão judicial prolatada por juiz de primeiro grau, em geral, pode, satisfeitos os requisitos constitucionais ou legais, interpor recurso para reclamar sua reapreciação. O duplo grau de jurisdição pode, ademais, ser considerado como direito fundamental, não propriamente em virtude do disposto no art. 5º, LV, da CF ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"), mas já em função do especificado no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, tendo em conta a adesão do país ao Pacto de São José da Costa Rica e, mais, a aceitação da jurisdição

---

[12] A inamovibilidade pode ser afastada por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII da CF (decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa). A irredutibilidade de subsídio está garantida, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I.

[13] NERY JÚNIOR. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 211-214. Conferir também: TAVARES. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*; CINTRA *et al*. *Teoria geral do processo*, p. 75.

do Tribunal por ele instituído. Ora, o Pacto assegura, textualmente, o direito ao duplo grau de jurisdição, que pode, apenas de modo justificado, ser afastado. A existência de eventuais óbices estabelecidos por meio de lei, que superam o teste da justificação, não é suficiente para infirmar a existência do referido princípio.[14]

O controle da atividade judicial é possibilitado, também, pela exigência da publicidade. Com efeito, dispõe a Constituição (art. 93, IX) que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Também as decisões administrativas dos tribunais, dentre as quais as disciplinares, deverão ser proferidas em sessão pública (art. 93, X).[15] Quando se observa o modo como funcionam algumas Cortes Constitucionais europeias, e se as compara com a prática brasileira, então se percebe as vantagens da experiência constitucional brasileira que, neste particular, atende plenamente o sonho republicano da transparência das atividades do Estado. Isso fica mais evidente ainda com o costume iniciado há alguns anos de transmitir por meio de televisão e pela internet os julgamentos de maior significação, particularmente no Supremo Tribunal Federal.[16]

Por outro lado, a fundamentação das decisões judiciais,[17] igualmente exigida pela Constituição, é outro meio possibilitador de amplo controle sobre a atividade judicante. O juiz deve expressar objetivamente as razões pelas quais decidiu deste ou daquele modo. Embora os estudos recentes das ciências humanas, especialmente da psicanálise, da semiologia e da ciência política (teoria das ideologias), procurem demonstrar a presença de componentes irracionais e ideológicos ocultos nas decisões, cumpre reconhecer que a fundamentação (motivação) constitui esforço para racionalizar a atividade do juiz, tornando-a controlável tanto pela sociedade como pelas instâncias judiciais superiores, ou mesmo pela doutrina.

Ora, no âmbito do Judiciário todos os atos exigem fundamentação, sejam atos jurisdicionais típicos (art. 93, IX, CF) ou atos administrativos (art. 93, X, CF). A atuação do Judiciário, jurisdicional (exercício de função típica) ou administrativa (exercício de função atípica), implica a mais ampla possibilidade de controle. A motivação necessária dos atos dos demais Poderes, lamentavelmente, não foi, expressamente, exigida,

---

[14] Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, lembrando o fato de quase nenhum ordenamento jurídico consagrar o duplo grau como garantia constitucional de justiça, concluem ser "correto afirmar que o legislador infraconstitucional *não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, garante a todos os direitos à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em 'garantir' a segurança da parte através da instituição da 'dupla revisão'*" (*Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 525-539). Os autores claramente não levaram em consideração o disposto no Pacto de São José da Costa Rica.

[15] De acordo com a EC nº 45, de 08.12.2004.

[16] O problema não é a sessão, mas o modo de deliberar dos juízes que nem sempre é público. Alguns preceitos podem ser relevantes para uma reflexão: Constituição Portuguesa, art. 206: "As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento"; Constituição belga, art. 148: "As audiências dos tribunais são públicas, a menos que tal publicidade seja perigosa à ordem ou aos costumes; e, nesse caso, o tribunal o declara por um julgamento. Em matéria de delitos políticos e de imprensa, o fechamento das portas não pode ser pronunciado senão pela unanimidade"; Constituições francesa e italiana não especificam expressamente. O processo frente à Corte Europeia dos Direitos Humanos é contraditório e público; as "audiências são públicas, salvo se a secção/tribunal pleno decidir de maneira diferente em virtude de circunstâncias excepcionais. As alegações e outros documentos depositados no secretariado do Tribunal pelas partes são acessíveis ao público". Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 29 out. 2012.

[17] NERY JÚNIOR. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 217-218.

conquanto seja defensável argumentar pela sua residência implícita na Constituição ao menos em relação aos atos administrativos. É, não obstante, possível encontrar, dispersos no texto constitucional, dispositivos exigindo motivos específicos para a prática de determinados atos (arts. 66, §1º, 137, parágrafo único, e 169, §4º). Não há, porém, reitere-se, dispositivo determinando de modo genérico a motivação dos atos administrativos do Executivo e do Legislativo.[18]

Com efeito, o sistema constitucional oferece mecanismos suficientes para o controle da atividade do Judiciário. Cumpre discutir, então, o problema do controle da legitimidade de sua ação.

Dos três Poderes da República, o Judiciário é o único composto por agentes cuja investidura independe da vontade popular. A Constituição (i) pretende instaurar um Estado Democrático de Direito, cujo primeiro fundamento é a (ii) soberania (inclusive a popular) e, ademais, em que (iii) o poder haverá de emanar do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Logo, a legitimidade do Legislativo e do Executivo sustenta-se, pelo menos num primeiro momento, na soberania popular. Tal não ocorre com o Judiciário. Aliás, entre nós, não é o caso de advogar a necessidade de eleições para a investidura dos membros do Judiciário. A experiência de alguns Estados norte-americanos é suficiente para demonstrar que o juiz eleito não será um juiz necessariamente independente. Em nome da independência do Judiciário, a Constituição, aliás, impede o exercício da atividade político-partidária pelos seus membros (art. 95, parágrafo único, III). O sistema de investidura adotado pelo Brasil, combinando concurso público para ingresso na carreira e nomeação, observados os requisitos impostos pelo Constituinte, para os cargos dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Segunda Instância (no último caso, o quinto constitucional previsto no art. 94 da CF), substancia modelo que, salvo aqui e acolá, desmerece crítica.[19] O eleitorado participa, de modo indireto, da escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que estes são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (arts. 101, 104 e 111-A da CF). Ora, tanto o Presidente quanto os Senadores foram investidos por força da vontade popular. O eleitorado poderá participar outra vez nesse domínio (escolha de membros do Judiciário) quando escolher, pelo voto direto, universal e secreto, os juízes de paz para um mandato de quatro anos (art. 98, II, CF). Os juízes de paz dispõem de competência para celebrar casamentos e, na forma da lei, "verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação". A eleição dos juízes de paz depende de regulamentação em cada Estado e no Distrito Federal.

---

[18] Talvez seja interessante a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello: "O fundamento constitucional da obrigação de motivar está — como se esclarece em seguida — implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porquê' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis" (BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 95).

[19] Sobre o tema, consultar: NALINI. *Recrutamento e preparo dos juízes*. Talvez, particularmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, seja o caso de propugnar pelo aperfeiçoamento do sistema, com a investidura a tempo certo (mandato) para os Ministros e, mais, com a definição de mecanismos possibilitadores de maior participação da sociedade e do Senado Federal na aprovação dos nomes indicados pelo Chefe do Poder Executivo.

Outra forma de legitimação da atuação jurisdicional se dá com a participação direta dos cidadãos no exercício da função judicial. Esta pode ocorrer, por exemplo, nos juizados especiais. Tais órgãos são, nos termos da Constituição, compostos por juízes togados, ou togados e *leigos*[20] (art. 98, I, CF). Nos juizados de paz, compostos por cidadãos leigos eleitos (art. 98, II, CF); nos Tribunais do Júri, compostos por cidadãos (art. 5º, XXXVIII, CF) competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; e nas Juntas Eleitorais, formadas por cidadãos (art. 118, IV da CF, e art. 36 do Código Eleitoral),[21] a participação popular direta se faz mesmo necessária.

Antes da Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999, que modificou profundamente a estrutura da Justiça do Trabalho, ao lado dos juízes togados, exerciam função judicial os chamados juízes classistas. Estes cargos eram destinados aos representantes dos empregados e dos empregadores, atendendo, necessariamente, à paridade constitucionalmente prescrita.[22] A participação, aqui, não era do eleitorado, mas das corporações. Tratava-se, portanto, de mera participação corporativa, ademais, deturpada pelo jogo de interesses menores, certamente exasperado em face da remuneração concedida aos juízes classistas que, diante de previsão legal, podiam inclusive obter aposentação no cargo. Já por ocasião da revisão constitucional criticava-se que boa parte da dotação orçamentária da Justiça do Trabalho se destinava ao pagamento de remuneração, de aposentadoria, ou pensão de juízes classistas. Sem essa despesa, a prestação jurisdicional nesse campo poderia ser ampliada, especialmente pela instalação de órgãos de primeira instância dessa importante justiça especializada nas cidades de certo porte que ainda não a possuíam. Em boa hora o instituto do vocalato foi extinto.

Conquanto a legitimidade da atuação jurisdicional não repouse necessariamente sobre o problema da forma de investidura dos membros da magistratura, a participação popular no universo jurisdicional constitui interessante mecanismo de aproximação entre a justiça e a sociedade. A sociedade brasileira, a exemplo do que se passa em outros países, deveria discutir intensamente os nomes indicados pelo Presidente da República para integrarem os Tribunais Superiores. O próprio Senado deveria levar mais a sério a sua arguição, inclusive abrindo oportunidade em audiência pública para a manifestação da sociedade, a fim de bem conhecer as qualidades e virtudes dos candidatos[23] antes de sua manifestação sobre a escolha presidencial.

A legitimidade da ação jurisdicional repousa basicamente sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser controlável racionalmente. Por essa razão, o juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores do processo decisório. A decisão judicial deve, ademais, ser justa. O padrão de justiça não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas sim da própria Constituição, quando se trate de uma Constituição democrática como a brasileira.[24]

---

[20] Cumpre lembrar que não é qualquer pessoa que pode atuar nos juizados especiais como juiz leigo, pois, nos termos da Lei nº 9.099/1995, aplicável aos juizados especiais federais no que não conflitar com a Lei nº 10.259/2001, a escolha deverá recair necessariamente entre advogados. Já os conciliadores, que também participam diretamente da atividade judicial, não estão abrangidos por esta limitação (art. 7º).

[21] "Art. 36. Compor-se-ão as juntas eleitorais de um juiz de direito, que será o presidente, e de 2 (dois) ou 4 (quatro) cidadãos de notória idoneidade."

[22] Os órgãos da Justiça do Trabalho, inclusive os de primeira instância (as Juntas de Conciliação e Julgamento), eram originariamente compostos por juízes togados (na Junta: o Juiz presidente) e por classistas, temporários, representantes dos empregados e dos empregadores (arts. 111 a 117 da CF).

[23] Nos termos do art. 101, *caput*, da CF.

[24] CLÈVE. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 69.

Os valores consagrados na Constituição, inclusive os princípios fundamentais e as normas dedutíveis do Preâmbulo, informam o conceito de justiça que orientará a atuação jurisdicional. Na justiça e na racionalidade residem os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado Democrático de Direito.

Por muito tempo discutiu-se no Brasil sobre a possibilidade da instituição de um mecanismo de controle externo[25] da atividade jurisdicional. Esse mecanismo, composto por pessoas representantes dos demais Poderes da República e da sociedade encarregar-se-ia de velar pela regularidade da atuação não jurisdicional do Judiciário. É claro que não poderia constituir instância recursal. Evidente, ademais, que não poderia discutir o mérito das decisões judiciais ou estabelecer diretivas orientadoras do agir do juiz no exercício de sua função típica. O Conselho apenas teria por finalidade estabelecer uma ponte entre a sociedade e o Poder Judiciário, sem ferir a autonomia e independência da magistratura. Traria ao Judiciário as preocupações da sociedade; cuidaria da regularidade dos concursos públicos para ingresso na carreira, fiscalizaria a correção da atuação judicial, exercendo competência para, inclusive, aplicar punições aos membros da magistratura incidentes em faltas funcionais. Em síntese, ter-se-ia um mero controle da atividade administrativa do Judiciário e não propriamente da atividade jurisdicional.

O Judiciário brasileiro desenvolveu intensa campanha para evitar, na revisão constitucional, a criação de órgão externo de controle de sua atividade. Havia o temor de que sua independência ou sua autonomia fossem amesquinhadas. É bem verdade que o Judiciário, nos tribunais, já dispunha de mecanismos internos (as corregedorias) de fiscalização da atuação funcional do juiz, todavia, se é possível afirmar que funcionavam em relação aos juízes de primeiro grau, não é menos verdade sua quase inoperância na fiscalização da atuação dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Através da Reforma do Judiciário, veiculada parcialmente na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça,[26] órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, integrando a própria estrutura do Poder Judiciário. Não se trata, então, de órgão de controle externo. A independência do Judiciário não foi amesquinhada, embora a autonomia dos tribunais tenha sofrido importante restrição. Dentre suas atribuições,[27]

---

[25] Cf. D'ANGELO. O controle externo como mecanismo de celeridade e modernização do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 220-235.

[26] Cf. GRAMSTRUP. Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral. *In*: WAMBIER *et al.* (Org.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, p. 191-200; BARROSO. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. *In*: WAMBIER *et al.* (Org.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, p. 425-445; JORGE. O Conselho Nacional de Justiça e o controle externo administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário: violação do pacto federativo. *In*: WAMBIER *et al.* (Org.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, p. 493-500; CLÈVE; SARLET; STRECK. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESC*; ROBL FILHO. Accountability *e independência judiciais*: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado Democrático de Direito brasileiro; e SAMPAIO. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário.*

[27] Art. 103-B. "§4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou

chama a atenção a de apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União (art. 103-B, §4º, II, CF). Frise-se que não se trata de controle jurisdicional. O Conselho tem poderes para aplicar sanções administrativas aos membros ou órgãos do Poder Judiciário, avocando processos disciplinares dos tribunais (art. 103-B, §4º, CF). Pode, ainda, expedir atos regulamentares ou recomendar providências, sempre com o escopo de zelar pela autonomia do Poder Judiciário (art. 103-B, §4º, I, CF). Sobre a composição do Conselho, note-se que seus membros, ao todo quinze, são, na maioria, pertencentes aos quadros do Judiciário, com exceção de um membro do Ministério Público da União, outro do Ministério Público estadual, dois advogados e dois cidadãos.

A Emenda Constitucional nº 61/2009 cuidou mais uma vez do Conselho, agora para definir que o Presidente do Supremo Tribunal Federal será também o Presidente do CNJ.

1.4 O problema da justiça

A função do Judiciário, em princípio, é a de dirimir conflitos de interesses. Mas incumbe ao Judiciário também distribuir justiça. O povo tem fome de justiça. Qual justiça é distribuída pelo Judiciário?

O Estado Democrático de Direito vai além do Estado de Direito.[28] É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do Direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos *standards* de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana.[29] No sistema constitucional brasileiro atual, é perfeitamente possível advogar a inconstitucionalidade da lei injusta.[30] A lei injusta, ofensiva aos *standards* definidos pelo Constituinte, será uma lei inconstitucional, cuja aplicação pode ser negada pelo juiz.

O juiz deve, por isso, estar compromissado com a justiça normativamente plasmada na Constituição Federal. Isso é possível no Brasil, já que entre nós, ao contrário

---

órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

[28] Cf. CANOTILHO. *Estado de direito*, p. 27 *et seq.*

[29] Cf. BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana; SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*; ROCHA. O princípio da dignidade da pessoa humana e exclusão social. *Interesse Público – IP*, p. 23-48.

[30] Cf. FREITAS. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*.

do que ocorre em outros países, todos os juízes exercem jurisdição constitucional (os órgãos do Judiciário são órgãos da Justiça Constitucional). Todavia, a realização da justiça pelo juiz traz a lume a discussão de, pelo menos, três estimulantes questões. Primeiro, o problema da neutralidade e da imparcialidade do juiz. Segundo, o problema da concepção de Direito subjacente às decisões e, terceiro, a questão da dimensão ideológica do Direito e da decisão judicial.[31]

Há um certo mito no tocante à imparcialidade e neutralidade do juiz. O juiz é um ser humano e não alguém acima do bem e do mal. Enquanto ser humano, não pode deixar de sofrer a influência do meio onde vive. Além do mais, já está demonstrado que o juiz não constitui mero aplicador da lei despido de vontade — um órgão surdo e mudo — que nada mais faz do que solucionar o caso concreto, aplicando não a sua decisão, mas aquela pronunciada pelo Legislador. Ora, o juiz participa ativamente do processo de formação e reconstrução da ordem jurídica.[32] Não constitui um autômato ou escravo da técnica do silogismo. Por outro lado, não basta desconstruir o discurso tradicional. É muito pouco desmontar a mitologia formada, gradativamente, no universo da dogmática jurídica. É preciso ir adiante. O juiz nem sempre é neutro. Mas deve fazer um esforço para alcançar a neutralidade quando decide uma questão. Deve procurar controlar os mecanismos psíquicos que comandam o seu processo decisório; afastar a carga irracional que esteja, eventualmente, a contaminar o seu alcance intelectual e, mais do que isso, afastar ou testar os conceitos pré-formados (preconceitos)[33] para mergulhar na complexidade da questão submetida à sua apreciação. Não se nega que esse processo seja difícil. Nem sempre é possível, além do mais. Mas deve ser experimentado, praticado, concretizado, tentado insistentemente pelo juiz. O universo

---

31 Cf. HABERMAS. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade.

32 Deve-se lembrar de que: "Tanto em Kelsen quanto em Hart, contudo, a saída termina por ser decisionista. A própria Ciência do Direito, como fica patente na obra revista de Kelsen, pode apenas indicar, mas não assegurar, qualquer *moldura de interpretações* que vincule as autoridades competentes para decidir — capazes de realizar *interpretações autênticas*, pois impositivas —, cujas decisões podem assim ter fundamentos extrajurídicos [...]. O positivismo de Hart concebe os *hard cases* como casos que não podem ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara, cabendo, portanto, ao juiz fazer uso da sua discricionariedade para decidir. Ao fazê-lo uma nova regra estaria sendo criada e aplicada retroativamente, por mais que o juiz se esforçasse para dar a entender que estaria simplesmente aplicando um direito pré-existente, tentando assim salvaguardar a ficção da segurança jurídica" [NETTO; SCOTTI. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras, p. 51-53]. Segundo Ronald Dworkin: "O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o *McLoughlin*, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. [...] O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a eqüidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios" (*O império do direito*, p. 286-291).

33 Em um primeiro sentido, Hannah Arendt entende que os preconceitos desempenham um papel importante, tanto no cotidiano como na política. Pois, de acordo com a filósofa, a falta de preconceitos requereria um estado de alerta sobre-humano e não seria possível imaginar uma época em que as pessoas não pudessem confiar em seus preconceitos para amplas áreas de juízo e decisão. Mas, mesmo a justificação do preconceito enquanto medida do juízo dentro da vida cotidiana teria seus limites. O perigo do preconceito estaria no fato de originalmente estar sempre ancorado no passado e tornar impossível uma experiência verdadeira do presente com o juízo (*O que é política?*). Em outra perspectiva, para Hans-Georg Gadamer, as pessoas, desde sempre, estão inseridas em um momento histórico e são determinadas pelos fatores deste momento. Logo, os preconceitos são essenciais para a compreensão, pois eles formam a pré-compreensão do sentido. Os preconceitos seriam condições inafastáveis de um ser no mundo. Assim, a historicidade do intérprete é levada em consideração, pois os preconceitos do intérprete serão condicionantes da compreensão do sentido da questão avaliada, ou seja, eles constituem a condição de possibilidade do próprio compreender (*Verdade e método*).

da decisão judicial deve ser o universo da racionalidade. O esforço do magistrado é o esforço de despir-se dos processos mentais irracionais. A dialética processual e a discussão judicial concretizam uma caminhada correspondente àquela experimentada pela ciência. A verdade última é a verdade possível decorrente do embate das ideias, em que apenas a força do argumento (ajustado aos paradigmas postos pela ciência ou pelo Direito) deve prevalecer.

Por conseguinte, a neutralidade do juiz exige não a criação de um ser despido de mundividência própria. Exige que o órgão judicial se encontre pronto para decidir qualquer demanda, rendendo-se unicamente à força dos argumentos produzidos em juízo em face do contraditório. Exige, ademais, que o juiz não possua qualquer interesse pessoal na demanda: o processo decisório, tanto quanto possível, será um processo controlado e controlável, submetido apenas às coordenadas impostas pela razão. Não significa que o juiz não possa, em face das coisas do mundo, ter as suas preferências. Afinal, se o juiz pensa sobre as questões do mundo, certamente opta por certos caminhos, adota determinadas ideias, possuindo uma concepção particular sobre os problemas (políticos, econômicos, jurídicos) debatidos no universo societário. O juiz, ninguém pode esquecer, é antes de tudo um homem e um cidadão. E assim deve ser.

O juiz tem um compromisso com a imparcialidade. A Constituição, como analisado, confere ao juiz certos predicamentos exatamente para permitir uma atuação norteada pela independência e imparcialidade. A imparcialidade constitui ideia distinta da neutralidade. O juiz não pode preferir qualquer das partes integrantes da relação processual. Deve presidir o processo e zelar pela igualdade das partes, o que não o impede de possuir, em relação à questão *de direito* debatida nos autos, certa convicção.[34]

Nesta altura, importa dizer algo a respeito da ideologia.[35] Os juristas procuraram negá-la.[36] O mesmo ocorre com os juízes. Estes, muitas vezes, escondem as suas preferências. Aplicam o Direito tal como o compreendem, ajustando-o à sua ideologia, embora argumentem que o fazem com apoio unicamente na norma e na lei. Tudo se passa como se prolatassem uma não decisão. Uma sentença que não faz mais do que concretizar a vontade (decisão) abstrata da norma. Esses discursos (sentenças) carregam verdadeiros silêncios dotados de uma carga de significação mais intensa do que a do texto. Nestes casos, cabe ler não o que o discurso diz, mas o que ele deixa de dizer. Logo, o controle da decisão judicial deve incidir também sobre o silêncio, aquilo que, não tendo sido dito, sustenta a ideia de mundo residente no texto da decisão.

Os operadores jurídicos, e em especial os juízes, devem dominar a dimensão ideológica do Direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de mundividência fazem repousar a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim o universo jurisdicional ganhará a transparência exigida pelo Estado Democrático de Direito. Muitas vezes, a negação não passa de mecanismo de ocultação da carga ideológica da decisão. Ocultação que impede ou dificulta o exercício do direito de impugnação pelo jurisdicionado.

---

[34] Para Klaus Günther, há uma importante diferença entre os discursos de aplicação e os de justificação. No discurso de justificação, a imparcialidade é verificada quando são considerados os interesses de todos os atores envolvidos na questão, enquanto, no discurso de aplicação, a imparcialidade é observada quando todos os fatos relevantes do caso são tomados em apreço. Assim, para Günther, a imparcialidade é exigência de ordem procedimental, pois, para a definição da norma aplicável ao caso, devem ser considerados todos os fatos relevantes, a partir de uma interpretação adequada de todas as normas aplicáveis (*The Sense of Appropriateness*: Application Discourses in Morality and Law).

[35] Cf. CLÈVE. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo.

[36] Cf. PORTANOVA. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 46 *et seq.*

Ainda pior do que pretender decidir ocultando a ideologia, é decidir ideologicamente com suposição de agir neutro, imparcial e coerente com a verdade. O juiz inconsciente, incapaz de enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, alienado dos movimentos da história e dos interesses concretos em jogo, é cativo das ideologias hegemônicas, escravo do poder e das relações de força. Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, sustentando certos interesses com a plena convicção de estar exclusivamente aplicando a lei. Porém, de que modo foi aplicada a lei? A concepção de Direito subjacente às decisões integra outra dimensão necessária para a realização da justiça. Que direito, afinal, deve ser aplicado pelo juiz?

Vive-se um momento de superação dos postulados individualistas do direito. Na sociedade técnica e de massas, os conflitos individuais, gradualmente cedem espaço para disputas coletivas.[37] Por outro lado, o tempo se acelera, novos conflitos nascem sem pronta solução normativa. As leis assumem, muitas vezes, um caráter de provisoriedade. O papel do juiz cresce em importância. Cabe a ele, afinal, adequar os velhos dados normativos às renovadas conjunturas, às situações emergentes, aos conflitos outrora inexistentes e, agora, recorrentes. Se o Direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?

O juiz não pode aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los à ideia de Direito consagrada na Constituição. Esse trabalho de adequação (negativa de aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição) não é fácil. Nem todos estão preparados para levá-lo adiante.

O preparo dos novos operadores jurídicos constitui função das escolas de direito. Neste ponto, as escolas de direito nem sempre atuam de modo satisfatório. Não se preocupam em atualizar os seus programas curriculares, em discutir as novas dimensões do Direito, em analisar o papel dos operadores jurídicos na sociedade contemporânea, ou mesmo, com a necessária reconstrução do saber jurídico.[38] Quanto aos juízes, devem, nas escolas da magistratura, discutir tais temas. Aliás, é indispensável que o façam.[39] Se o juiz não consegue desenvolver uma visão global do fenômeno jurídico, então será um homem escravo de concepções jurídicas com alto potencial de contradição.[40] Sim, porque o universo de produção da lei é, muitas vezes, irracional e fortemente marcado por concepções políticas cambiantes. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, é possível encontrar normas de conteúdo marcantemente corporativo ao lado de outras mais individualistas, dispostas ao lado daquelas com substância mais ajustada às exigências do Estado Democrático de Direito (Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente *v.g.*). Um juiz perdido no cipoal normativo (que se pretende mero aplicador da lei) será um juiz corporativo ou individualista ou social, conforme

---

[37] Cf. SOARES. *Direito público e sociedade técnica*.

[38] Cf. STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 69-76.

[39] Não obstante, existem avanços neste debate em diversos sentidos, perante os debates das últimas mudanças curriculares, entende-se que o saldo foi positivo, com a inclusão de disciplinas como antropologia e psicologia jurídica. Sabe-se das diferenças entre as escolas de Direito no Brasil, mas estas acabam por ocorrer devido a fatores diversos e contingentes, como: tradição, posição ideológica, a abertura e democratização do ensino universitário no país, a prevalência de certos debates em lugares específicos, o pioneirismo de certos professores em determinados campos jurídicos, etc. Também é possível contabilizar, como saldo positivo, que as críticas surtiram efeito, e que a discussão sobre a questão deve continuar.

[40] Cf. RAMOS FILHO. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. *In*: MARQUES NETO *et al. Direito e neoliberalismo:* elementos para uma leitura interdisciplinar.

o texto a ser aplicado. Ora, o magistrado não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram a elaboração dos textos normativos individualmente considerados. Deve entender a dimensão axiológica que preside, no momento da realização da justiça, todo o sistema jurídico. Assim, uma normativa, de qualquer época, deve ser compreendida à luz das coordenadas hermenêuticas atualizadas pela História e corporificadas na norma constitucional.

A análise séria, interdisciplinar e consciente da concepção de Direito subjacente às decisões judiciais é fundamental para a realização de uma justiça atualizada. A discussão do direito aplicável (os dados normativos), bem como do direito aplicado (as decisões judiciais), deve ser crescentemente democratizada nas escolas de direito, pelos operadores jurídicos e na sociedade.

1.5 A questão do acesso à justiça

Não basta haver Judiciário, é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial, é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa, é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.

O acesso efetivo à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue provocar a tutela jurisdicional.[41]

O problema do acesso à justiça tem sido muito discutido.[42] Ninguém desconhece a existência de sérios obstáculos ao referido acesso, embora muitas medidas tenham sido sugeridas para a sua superação. De certo modo, a Constituição se preocupou com a questão. Trata-se, agora, de tornar efetivas as normas constitucionais que dispõem a respeito.

A sociedade técnica e de massas altera o perfil dos conflitos de interesses. Os conflitos individuais cedem espaço para as disputas coletivas.[43] A Constituição, atenta ao problema, instituiu entre os direitos fundamentais o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX). Admitiu que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Determinou que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria,[44] inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III). Ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que se presta para proteger, além do patrimônio público, social e o meio

---

[41] Para Canotilho, "O acesso ao direito não passa necessariamente por formas litigiosas ante os tribunais. Mediante esquemas adequados de organização e procedimento — serviços de informações jurídicas, provedores dos cidadãos, centros de aconselhamento jurídico, direito ao patrocínio jurídico —, o Estado de Direito presta aos indivíduos um bem escandalosamente distribuído de forma desigualitária nas sociedades contemporâneas — o direito de acesso ao direito, o direito de conhecer e reclamar os seus direitos. Só assim, o Estado de Direito poderá responder às acusações de alguns que vêem na frieza das regras do Estado de Direito — segurança jurídica, clareza das normas, proibições do excesso, generalidade e abstracção das leis — uma cobertura inescapável para a manutenção das estruturas de poder e da desigualdade social" (*Estado de direito*, p. 69-70).

[42] CAPPELLETTI; BRYANT. *Acesso à justiça* e CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*. Sobre o tema, consultar também: CUNHA. Acesso à justiça. *Revista de Informação Legislativa*; DELGADO. Acesso à justiça: informatização do Poder Judiciário. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*; ADORNO. O judiciário e o acesso à justiça. *In*: SADEK (Org.). *O judiciário em debate*; CAMPILONGO. O Judiciário e o acesso à justiça. *In*: SADEK (Org.). *O Judiciário em debate*; CAVALCANTI. *Cidadania e acesso à justiça*; SADEK (Org.). *Uma introdução ao sistema de justiça*.

[43] Cf. MORAIS. *Do direito social aos interesses transindividuais*.

[44] Cf. FIORILLO. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*.

ambiente, outros interesses difusos e coletivos. Previu a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e, por isso, o Congresso Nacional aprovou o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Por outro lado, textos legislativos esparsos dispõem sobre mecanismos processuais aptos a ultrapassar os limites da concepção liberal. É o caso, por exemplo, da Lei nº 7.347, de 1985 (alterada pela Lei nº 8.078, de 11.09.90), que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, da Lei nº 7.853, de 1989, que institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência, e da Lei nº 7.913, de 1989, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. É o caso, também, dos artigos 208 e 224 da Lei nº 8.069, de 1990, que dispõem sobre a ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos de crianças e adolescentes.

Como se pode notar, o Direito brasileiro admite a provocação do Judiciário por meio de instrumentos processuais adequados à tutela de interesses coletivos (e, também, dos difusos). Esses mecanismos são de extremada importância, porque admitem amplo acesso dos cidadãos ao Judiciário implicando decisões judiciais únicas incidentes sobre todo um universo coletivo, o que resulta em celeridade e economia processuais.[45] Importa, entretanto, que o Judiciário não crie embaraços à utilização desses institutos, o que muitas vezes ocorre em face da formação acentuadamente liberal-individualista de alguns juízes.[46]

Para além da instituição (e plena aplicação) dos instrumentos coletivos, é necessário um processo que promova a redução das formalidades desnecessárias dos procedimentos judiciais. A Constituição previu a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, I).[47] Previu a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos por voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos e *exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação* (art. 98, II). Previu a criação, por lei federal, de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal (art. 98, §1º). Com a implementação desses três mecanismos, um importante passo foi dado no sentido de tornar efetivas as normas constitucionais e garantir a democratização do acesso à decisão judicial.

É necessário, também, ampliar os juízos e varas, levar o juiz até o povo (o juiz, como o artista da canção de Milton Nascimento, deve ir aonde o povo está).[48] Essa providência implica a racionalização do aparelho judicial para o fim de criar novos juízos

---

[45] Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que, na Constituição de 1988, "o Judiciário controla a Administração Pública não só em vista dos interesses individuais, mas também em prol do interesse geral. Com isso, influi no sentido de uma justicialização da Administração, que tem como reflexo — perdoe-se a insistência — a politização da justiça" (Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 12).

[46] MARINONI. *Novas linhas do processo civil*: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.

[47] Cf. CUNHA. Juizado Especial: ampliação do acesso à justiça?. *In*: SADEK (Org.). *Acesso à justiça*, p. 43-73.

[48] Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o art. 93 passou a contar com novo inciso dispondo que "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população" (art. 93, XIII, da CF).

e varas onde efetivamente forem indispensáveis (e, inversamente, extinguir juízos e varas), tendo em vista o número de feitos em andamento. É fundamental, ademais, tornar efetiva a norma do art. 126 da Constituição Federal, segundo a qual "para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias". E os juízes, nos termos da Constituição (art. 126, parágrafo único), sempre que for necessário à eficiente prestação jurisdicional, far-se-ão presentes no local do litígio. Por outro lado, é indispensável reduzir o custo da prestação jurisdicional, por isso a oficialização dos cartórios do foro judicial (Justiça Comum estadual) constitui providência urgente. Aliás, providência determinada pela própria Constituição (art. 31 do ADCT).

Muitas vezes, querendo provocar a tutela jurisdicional, o cidadão fica impedido por não possuir recursos para a contratação de advogados.[49] Outras vezes, sem assessoria jurídica indispensável, acaba por incidir em erros que poderiam muito bem ser contornados. Ora, não há justiça sem a instituição, pelo Estado, de assistência judiciária gratuita. Assim como o Estado oferece serviços públicos na área da saúde, deve fazê-lo na área da justiça. A Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A assistência judiciária, prevista na Lei nº 1.060, de 1950, não é suficiente para satisfazer o comando constitucional. O Estado deve, urgentemente, colocar à disposição dos cidadãos necessitados, por meio de órgãos próprios ou de outros meios, serviços públicos de assistência jurídica integral. No âmbito da União, Distrito Federal e dos Estados, a Constituição Federal instituiu as Defensorias Públicas (art. 134 da CF), incumbindo-as da orientação jurídica e a defesa em sede judicial, em todos os graus, dos necessitados.[50] A União organizou a Defensoria Pública Federal, do Distrito Federal e dos Territórios, e estabeleceu normas gerais para a sua organização nos Estados, mediante a Lei Complementar nº 80, de 12.01.94.[51] Quanto aos Municípios, podem também prestar esse tipo de serviço público. Não é indispensável que instituam órgãos próprios (Defensorias). Basta que, por meio de convênios com particulares, faculdades de direito, ou por outra fórmula, assumam uma responsabilidade que também é deles. Afinal, a Constituição Federal dispõe, no art. 23, que constitui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: "cuidar da saúde e *assistência pública* [...]" (inc. II) e "combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, *promovendo a integração social dos setores desfavorecidos*" (inc. X). Esses dois incisos, nas partes referidas com grafia em itálico, são suficientes para justificar a responsabilidade do Município em relação à matéria. A assistência jurídica integral constitui uma modalidade de "assistência pública" (a Constituição não se refere à assistência social, mas sim à assistência pública, termo mais amplo) e importante mecanismo de promoção da integração social dos setores desfavorecidos.

A assistência jurídica integral aos necessitados deve, com urgência, ser prestada pelo Estado.[52] Cumpre à assistência jurídica fazer a ponte entre a sociedade, especialmente a imensa parcela composta pelos desfavorecidos, e o Poder Judiciário. Sem a

---

[49] Cf. SANTOS. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade.

[50] Cf. MORAES. *Instituições da Defensoria Pública*.

[51] A Lei Complementar nº 132/2009 promoveu significativas alterações na lei que estruturou a Defensoria Pública da União. Em maio de 2011, foi ratificada no Paraná lei que a cria a Defensoria Pública no Estado; sobre a questão ver: GODOY. *Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná anotada*: Lei Complementar Estadual 136, de 19 de maio de 2011.

[52] Cf. WATANABE. Assistência judiciária como acesso a ordem jurídica justa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*.

prestação desse serviço, pelo Poder Público, o princípio da inafastabilidade da prestação judicial terá apenas eficácia na sua dimensão formal.[53]

O acesso à justiça pressupõe, ainda, a informação. Um cidadão desinformado é presa fácil do arbítrio e da injustiça. Sem saber os direitos que possui, sem saber a quem recorrer no caso de agressão, sofre todos os infortúnios da vida, imaginando que essa é a carga do destino.

1.6 Considerações finais

A Constituição Federal procurou instituir um Judiciário forte, independente e autônomo. Concedeu aos magistrados um estatuto apto a protegê-los contra o arbítrio e a prepotência. Preocupou-se com os problemas do acesso à justiça, da investidura dos juízes e do controle das decisões judiciais.

Se, antes, a demanda colocava-se no sentido da criação de um efetivo controle externo da atividade judicial, os desafios que se colocam no horizonte são no sentido da efetivação da atuação do CNJ e mesmo da organização burocrática da estrutura judicial brasileira, com a uniformização dos modelos institucionais, o controle e fiscalização da atividade do judiciário, além da busca pela integração do sistema eletrônico processual, que passou a ser implementado, porém, de maneira fragmentária entre os tribunais.

Também deve ser notado que os conceitos trabalhados foram significativamente enriquecidos em sua densidade semântica. A autonomia do judiciário não é mais colocada como uma luta a ser travada contra os tentáculos autoritários do modelo ditatorial vigente no Brasil até a década de 1980. Debate-se, em verdade, se o protagonismo que o judiciário passou a exercer não constituiria uma possível e indevida invasão do campo político, implicando judicialização da política.

Além disso, o entendimento do conceito de justiça e sua possibilidade de implementação a partir de modelos bastante distintos, como o comunitário, o liberal, o marxista, o feminista e o republicano, também desafiou importante produção acadêmica.[54] A justiça e o debate sobre as relações entre direito e moral, após a Segunda Guerra Mundial, recobraram força, com proposições teóricas que disseminam posições filosóficas e ideológicas plurais.

Não obstante, importa agora e sempre reclamar a efetividade da Constituição. Sem a realização da Constituição não será alcançada a realização da justiça. Sim, isso não depende apenas do Direito. Depende também do homem, do homem juiz e do homem jurisdicionado ou cidadão residente na sociedade complexa e plural. Mas é preciso aceitar que o homem sempre atuará a partir do quadro normativo superior oferecido pela Lei Fundamental, quadro este sem o qual a busca pela justiça constituirá missão quase impossível.

Referências

ADORNO, Sergio. O judiciário e o acesso à justiça. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Idesp; Sumaré, 1995.

[53] A vedação da instituição, pela lei, de mecanismos obstaculizadores da tutela judicial corresponde à dimensão formal, enquanto a instituição de mecanismos promotores do acesso à prestação jurisdicional corresponde à dimensão material do princípio.

[54] Cf. GARGARELLA. *As teorias de justiça depois de Rawls*.

ARENDT, Hannah. *O que é política?*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (Org.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos S.A., 1982.

BURDEAU, Georges. *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*. 20. ed. Paris: L.G.D.J., 1984.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e o acesso à justiça. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp; Sumaré, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, 1991, p. 144-160.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Cidadania e acesso à justiça*. São Paulo: Sumaré, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al*. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da ESMESC*, v. 12, n. 18, p. 17-26, 2005.

CUNHA, Luciana Siqueira Gross. Juizado Especial: ampliação do acesso à justiça?. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Acesso à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 124, p. 9-11, out./dez. 1994.

D'ANGELO, Élcio Félix. O controle externo como mecanismo de celeridade e modernização do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 36, p. 220-235, jul./set. 2001.

DELGADO, José Augusto. Acesso à justiça: informatização do Poder Judiciário. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, n. 3, p. 118-124, mar. 1996.

DEMBOUR, Jacques. *Droit administratif*. 3e èd. Liège: Faculté de Droit de Liège, 1978.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 29 out. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 198, out./dez. 1994.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias de justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. *Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná anotada*: Lei Complementar Estadual 136, de 19 de maio de 2011. Curitiba: Juruá, 2012.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (Org.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*: Application Discourses in Morality and Law. Albany: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I.

JORGE, Mário Helton. O Conselho Nacional de Justiça e o controle externo administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário: violação do pacto federativo. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (Org.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Guilherme Pena. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NALINI, José Renato. *Recrutamento e preparo dos juízes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. *In*: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et al. Direito e neoliberalismo:* elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Edibej, 1996.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. *BDJur – Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, 1991. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/216>. Acesso em: 30.10.2012.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability *e independência judiciais*: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado Democrático de Direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito)– Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e exclusão social. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma introdução ao sistema de justiça*. São Paulo: Idesp; Sumaré, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVEIRA, José Nery da. O Supremo Tribunal Federal e a nova ordem constitucional. *Jurisprudência Mineira*, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 40, n. 107, p. 1-23, jul./set. 1989.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 31, p. 177-186, abr./jul. 2000.

VEDEL, Georges; DEVOLVE, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1984.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como acesso a ordem jurídica justa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 22, p. 87-89, jan./dez. 1994.

PÁGINA EM BRANCO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS[1]

2.1 Poder Judiciário – Autonomia e responsabilidade

A pergunta sobre quem diz o Direito — o Legislativo ou o Judiciário — não morreu. Ela é recorrente no processo de formação do *Estado de Direito*. Diz-se que sob o manto do legalismo e da Escola da Exegese os juristas teriam perdido o protagonismo, na medida em que o Direito passou a se identificar com a lei. Todavia, a interpretação pode ser relativizada: a atividade do jurista não deixou de ostentar alguma dose de caráter político.[2] Aliás, é essa característica criativa do seu trabalho que, mantida viva no Estado Democrático de Direito, autoriza a suposição da inevitabilidade da *disputa* entre juristas e legisladores[3] e da tensão entre constitucionalismo e democracia.[4]

Da *disputa* e da tensão referidas (juristas *vs*. legisladores/constitucionalismo *vs*. democracia) derivam duas considerações importantes para o tema que será explorado: (i) o papel do Poder Judiciário é essencial para o equilíbrio político-jurídico da democracia,[5] sendo certo que (ii) o trabalho dos juízes definindo *o que é o direito*, e dizendo, além disso, *o que é de direito*[6] (conforme o direito), constitui função necessária

---

[1] Este texto, escrito com a Advogada Ms. Júlia Ávila Franzoni, foi publicado na *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012. Também foi publicado no livro *Direitos fundamentais da pessoa humana:* um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012. v. 1, p. 551-570.

[2] A interpretação encontra-se assentada em diversos trabalhos do historiador António Manuel Hespanha ressaltando a continuidade histórica da disputa entre juristas e legisladores no período da Escola da Exegese e ainda hoje no Estado Constitucional. Nesse sentido, verificar: HESPANHA. Um poder um pouco mais que simbólico. Juízes e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. *In*: FONSECA; SEELAENDER (Org.) *História do direito em perspectiva*: do antigo regime à modernidade.

[3] É importante lembrar que a figura do "jurista" não se confunde com a dos juízes, sendo mais abrangente (juízes, doutrinadores). Da mesma forma ocorre com os "legisladores", já que não são apenas os que ocupam cargos no Congresso (congressistas, ocupantes de cargos no Executivo, ideólogos). Todavia, para o propósito deste trabalho, assume-se a identificação, para fins didáticos.

[4] De forma simplificada, associa-se à figura do jurista à defesa de um direito que seria "anterior" aos direitos positivados pelo legislador. Em decorrência disso, a dimensão contramajoritária é ligada à atividade dos juristas e a democrática à atividade dos legisladores. Outra não é, ainda resumidamente, a simbologia da tensão entre constitucionalismo e democracia.

[5] E, portanto, não se trata mais de discutir sua legitimidade democrática, mas sim os contornos de sua atuação no espaço do Estado Democrático de Direito.

[6] O discurso voltado à prática jurisdicional, mais que revelar "o direito", define "o que é de direito", estabelecendo uma atividade justificadora do instituído e da prática judiciária. Nesse sentido, ver: CLÈVE. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo.

da soberania estatal. Decorrem daí tanto (i) a necessidade de se conferir ao Judiciário garantias (institucionais e funcionais) e competências suficientes para a satisfação das exigências da democracia desenhada pela normatividade constitucional,[7] como também o (ii) simultâneo risco, advindo de uma suposta soberania dos juízes, de *mitificação e abuso* da atividade jurisdicional.[8]

Nesta circunstância, (i) a autonomia do Judiciário convive com (ii) o perigo de tratamento equivocado de seu poder (soberano?), o que pode implicar a emergência de um certo *fetichismo* da atividade jurisdicional. A dualidade ressurge no estudo da responsabilidade civil do Estado: como compor o equilíbrio entre o fortalecimento da atividade judicial para a tutela dos direitos fundamentais e a efetividade das promessas constitucionais, por um lado, e a garantia do jurisdicionado, por outro, de que não será sacrificado no altar de proteção do seu direito ou daquele da sociedade? É nesse ponto que calha falar de responsabilidade e de responsabilização?[9]

Não causa estranheza, desse modo, verificar que o tema da responsabilidade patrimonial do Estado tenha tido repercussão tardia no âmbito do Poder Judiciário e, ainda hoje, seja palco de desacordos doutrinários. Nessa seara, a Constituição de 1988 foi contundente ao afastar o dogma da irresponsabilidade do Estado pela conduta de seus agentes[10] do âmbito do Judiciário, apontando, ademais, hipóteses claras de incidência da responsabilidade.[11] Outro não poderia ser o tratamento conferido pela Lei Fundamental: o regime institucional do Poder Judiciário está, como aquele dos demais Poderes, submetido aos princípios do Estado de Direito e *republicano*, ambos exigentes, como ninguém desconhece, de responsabilização.

No contexto de uma democracia constitucional que substancia permanente tarefa a realizar, cumpre delinear o alcance da responsabilização do Estado por ato jurisdicional de modo que, como reclama com razão o Ministro Celso de Mello, "[...] haja progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder".[12]

2.2 Características da responsabilidade por ato jurisdicional

A responsabilidade civil do Estado por fato do Poder Judiciário decorre do art. 37, §6º da Constituição Federal e dos princípios atinentes ao regime constitucional da atividade

---

[7] Sobre os contornos da autonomia do Poder Judiciário verificar o capítulo intitulado "Poder Judiciário – Autonomia e justiça" deste livro.

[8] Do manejo inadequado da qualificação "soberana" da atividade jurisdicional nota-se a continuidade de certa "sacralização" do trabalho e da figura dos juízes. Veja-se, por exemplo, a distância simbólica experimentada pelos magistrados dos demais operadores do direito, dos estudantes e da população. Em interessante estudo sobre métodos mais eficazes de ensino jurídico, Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wei Liang Wang partem, justamente, da necessidade de atenuar as mazelas advindas do respeito excessivo ao argumento de autoridade, que pode conduzir à idealização do Poder Judiciário e à falta de uma cultura acadêmica livre e crítica. Ver: SILVA; WANG. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?: o ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideais. *Revista de Direito GV*, p. 95-118.

[9] Aqui nem é necessário citar, para desenhar o quadro da dificuldade do trato da responsabilidade do Estado-Juiz, o perfil da atividade do judiciário brasileiro: alto volume de trabalho e infraestrutura deficiente.

[10] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

[11] Art. 5º, LXXV.

[12] Celso de Mello, voto na ADI nº 239-7/600.

judiciária.[13] A exemplo da doutrina estrangeira,[14] a posição predominante na doutrina brasileira, na atualidade, é pela incidência da responsabilidade do Estado por atos judiciais, variando o entendimento quando em questão atos oriundos de atividade estritamente jurisdicional. No âmbito da jurisprudência nacional, tudo se passa de outro modo.[15]

A atividade judiciária supõe diferentes tipos de atos que conformam o serviço judiciário *lato sensu*. Esses atos podem ser *jurisdicionais*, como as sentenças e decisões interlocutórias; *administrativos*, como as nomeações e contratações; *normativos*, como os regimentos internos, as resoluções do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e as instruções da Justiça Eleitoral e *consultivos* (aqueles manifestados, *v.g*, no âmbito da Justiça Eleitoral). Fala-se, portanto, em atividade judicial como gênero compreensivo de atos decorrentes do exercício de função jurisdicional, administrativa ou normativa. O embate doutrinário no que tange à responsabilidade centra-se na modalidade dos atos jurisdicionais, manifestando-se consenso em relação à possibilidade de responsabilização do Estado-Juiz pela prática dos demais atos.[16]

A atividade jurisdicional propriamente dita compreende não apenas a sentença, mas todos os atos, incluindo despachos e decisões interlocutórias, praticados pelo magistrado no curso do processo.[17] Em relação a ela o regime da responsabilidade apresenta particularidades.[18] As várias teorias têm advogado a (i) tese da irresponsabilidade, a (ii) tese da responsabilidade limitada às hipóteses normativas expressamente previstas, havendo outras que reivindicam (iii) a ampliação da responsabilidade com base nos comandos constitucionais.

2.2.1 Superando os argumentos imunizatórios

A doutrina que não admite a responsabilidade do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, ou que a limita às estritas hipóteses previstas na lei, sustenta-se em três[19] argumentos principais.

---

[13] O regime constitucional conferido ao Poder Judiciário estabelece, para o exercício de sua atividade, autonomia institucional, autonomia administrativa e financeira e autonomia funcional dos magistrados. Essas garantias são estruturadas com o intuito de permitir a independência necessária desse órgão para execução de suas funções. Nesse sentido, verificar: MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 963-1037 e SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 55. Todavia, ao assegurar esse rol protetivo da jurisdição a Constituição não vislumbrou a configuração de uma autonomia insular; ao contrário disso, exigiu em paralelo às garantias constitucionais, os deveres democráticos e republicanos de responsabilização do Estado.

[14] Admitem responsabilidade civil do Estado por atos judiciais: Colômbia, Uruguai, França, Itália, Espanha, Chile, Argentina, Portugal, entre outros. Nesse sentido, verificar: MORALES. *Responsabilidad del Estado por error judicial*, p. 403-441.

[15] A jurisprudência do STF entende que o Estado não é civilmente responsável pelos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Observa-se esse entendimento no RE nº 219117, julgado em 03.08.1999: "O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF".

[16] O enfoque justifica-se, outrossim, pela homogeneidade do tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência à responsabilidade dos demais atos judiciais, que recaem no princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado, art. 37, §6º, da CF. Nesse sentido: ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 790 e DI PIETRO. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 85.

[17] Os atos judiciais na fase de execução que forem danosos empenham também a responsabilidade estatal e se relacionam mais intimamente com a atividade jurisdicional que os motivou, atividade esta que, caso seja defeituosa, poderá viciar *ab initio* o procedimento executório (ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 795-796).

[18] Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende, por exemplo, o tratamento diferenciado dos atos jurisdicionais no que toca à responsabilidade civil do Estado, daquele praticado relativamente aos atos administrativos (Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 86).

[19] Muito embora outros autores indiquem mais argumentos, acredita-se que as três razões aqui apontadas são suficientes para dar cabo do delineamento das principais teses sobre a irresponsabilidade na forma como aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior em: A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, p. 3.

O primeiro encontra suporte na *soberania do Estado*. A imunidade do Estado decorreria da caracterização da função jurisdicional como manifestação do poder soberano. Disso deriva que ao Estado não se imputaria qualquer responsabilidade de ordem patrimonial, sendo certo que, nas hipóteses legais, apenas os magistrados seriam chamados à responsabilização.[20]

A argumentação, hoje, não convence. A soberania é um atributo do Estado, de forma una, indivisível, inalienável, e não de determinado Poder. E, mais ainda, se o argumento fosse aceito, conduziria à irresponsabilidade total do Estado por seus atos, mesmo os emanados no exercício da função administrativa.[21] A responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, portanto, longe de ser incompatível com a soberania, é a única forma de garanti-la no Estado de Direito, preservando sua legitimidade.[22]

O segundo argumento ancora-se na *independência da magistratura*. A partir das garantias institucionais e funcionais da desta, a doutrina reclama uma independência irrestrita para o juiz, que seria abalada pela possibilidade de responsabilização do Estado-Juiz por implicar sorte de constrição da atividade jurisdicional.

É fato que o ordenamento jurídico confere determinadas garantias ao magistrado, como a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos (art. 95, I, II, III, da CF) e, mesmo ao Judiciário, enquanto órgão. Quer-se, com isso, que em sua atuação, os juízes sejam inteiramente livres na formação de sua convicção, sem vinculação aos demais poderes ou aos órgãos superiores do próprio Judiciário. Não deriva daí, entretanto, uma configuração de independência resguardada de qualquer limitação. No sistema constitucional brasileiro, competência implica responsabilidade. E a responsabilidade não pode ser tomada como medida capaz de afrontar a garantia da independência funcional do magistrado. A tese, portanto, não se sustenta. E não se sustenta, inclusive, diante de previsão contemplada em normativa constitucional. O Estado é responsável pelos danos praticados por seus agentes, diz a Constituição. De modo que eventual argumento derivado da independência funcional da magistratura, hoje, apenas guardaria sentido em relação à responsabilidade do agente e não do Estado.[23] Mas mesmo aqui, como veremos, deve ser afastada.

Por fim, há o argumento fundado no *risco de violação à coisa julgada*. Acredita-se que o reconhecimento da responsabilidade por ato jurisdicional implicaria ofensa ao instituto. Ora, a coisa julgada pode ser atacada por meio de ação rescisória (nas causas cíveis)

---

[20] Nesse sentido, veja-se jurisprudência firmada no STF: "o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um privilégio da soberania" (RTJ nº 64/869, 13 out. 1971). E, em decisão mais recente: "O pensamento dominante é de que, em se tratando de exercício de atos de soberania, a igual da responsabilidade do legislador, não poderia resultar responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí consequentes" (RTJ nº 94/423, 25 mar. 1980). Na doutrina, encontramos posições como a de Diogenes Gasparini: GASPARINI. *Direito administrativo*, p. 624. Dessa posição deriva que o juiz não seria funcionário ou preposto do Estado e caso houvesse ilicitude, esta seria da responsabilidade exclusiva e pessoal do seu autor, nos termos da lei. Todavia, os juízes são agentes da pessoa jurídica de direito público a que se refere o art. 37 §6º da CF e o art. 43 do CC/02 e, ainda, ocupam cargo público, que só podem ser criados por lei (arts. 48, X e 96, II, "b" da CF); portanto, são funcionários públicos, no sentido tradicional, ou servidor público no sentido estrito.

[21] Nesse sentido, DI PIETRO. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 86; ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 814; AGUIAR JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, p. 3; FACHIN. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 168-170 e ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*, p. 96-99.

[22] ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*, p. 97.

[23] Confirmam esse posicionamento: DI PIETRO. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 89; ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 792; AGUIAR JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, p. 3; FACHIN. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 178-182.

e de revisão criminal. Cumpre, ademais, admitir, para as sentenças inconstitucionais passadas em julgado, com o devido cuidado e na circunstância de impossibilidade do manejo da ação rescisória pelo transcurso do tempo ou por outro motivo, o ataque por meio de outros meios processuais, em particular, por intermédio de ação anulatória.[24] Uma vez rescindida ou revista a sentença passada em julgado, não subsiste nenhum impedimento à emergência de eventual responsabilização pelo dano decorrente do ato judicial. As divergências doutrinárias aparecem, entretanto, nos casos de coisa julgada insuscetível de rescisão (pelo transcurso do prazo da rescisória) ou anulação (por inocorrência de qualquer das hipóteses admitidas pela experiência jurídica), ou confirmada em sede de ação desconstitutiva. Neste caso, mantida a sentença passada em julgado, tem sentido a responsabilidade do Estado por dano decorrente de ato judicial? Não se tem aqui uma verdade legal que deve ser respeitada, ainda que contra todas as evidências?

A doutrina majoritária responderia negativamente à primeira e afirmativamente à última das questões acima. De modo que não se justificaria a responsabilidade enquanto o ato do qual decorre o dano estiver coberto pela coisa julgada. Isso porque cumpre garantir a (i) presunção de verdade da sentença passada em julgado, resguardando o valor da imutabilidade da decisão judicial e (ii) a segurança jurídica, inclusive para o efeito de salvaguardada coerência entre as decisões estatais.[25] No primeiro caso, nega-se a responsabilização pelo fato de uma determinada decisão albergada pela coisa julgada não ser mais passível de mudança. No segundo caso, cumpre assegurar a não contradição entre as decisões estatais. Diante disso, mantida a decisão com trânsito em julgado, não há como admitir a responsabilidade do Estado. Uma vez admitida, isso significará um quadro de incoerência entre as decisões estatais, violador da segurança jurídica.

Não obstante, há doutrina no sentido de que o argumento do risco de ofensa à coisa julgada compreende mal o tema da responsabilidade. Neste caso, a responsabilização do Estado envolve, sobretudo, a possibilidade de garantir indenização ao prejudicado por erro judiciário, podendo não atacar, necessariamente, o *status* jurídico da decisão.[26] Dessa forma, mesmo presente a coisa julgada, caso decorrido o prazo da rescisória, o direito à ação indenizatória fundado na responsabilidade civil estaria mantido.[27] Ou

---

[24] Não é o caso aqui de enfrentar os possíveis mecanismos "atípicos" para relativização da decisão judicial já albergada pela coisa julgada. A escolha dos caminhos adequados é um problema menor quando comparado à aceitação (oportuna e necessária) da tese da "relativização da coisa julgada" ou da "coisa julgada inconstitucional". Cumpre fazer referência, apenas, que na doutrina e na jurisprudência é possível encontrar suportes para essa prática. Fala-se, por exemplo, em (i) propositura de nova demanda idêntica à primeira, desconsiderada a coisa julgada (DINAMARCO. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO. *Coisa julgada inconstitucional*); (ii) resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo (MARINONI. *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada) e (iii) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas (THEODORO JÚNIOR; FARIA. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In*: NASCIMENTO. *Coisa julgada inconstitucional*). Na jurisprudência, a tese da relativização da coisa julgada foi especialmente admitida em dois julgados do STJ: Recurso Especial nº 499.217 e Recurso Especial nº 554.402, ambos relatados pelo Ministro José Delgado. Já no STF, tudo se passa de outro modo. Até o presente momento, não se tem conhecimento de nenhum precedente que possa ser qualificado como adesão à tese da relativização da coisa julgada. Nesse sentido, ver: GUEDES. Coisa julgada e a Administração Pública na jurisprudência brasileira. *Interesse Público – IP*.

[25] Para uma leitura completa dos argumentos verificar: DI PIETRO. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, p. 86-88 e ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*, p. 104-108.

[26] Em sentido idêntico: ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 814-815 e FACHIN. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 106. Além do que, a coisa julgada faz referência apenas aos atos jurisdicionais em sentido estrito, não à totalidade dos atos que dão ensejo à decisão de mérito.

[27] ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 814-815. Todavia, há aqueles que apenas aceitam a rejeição desse argumento levando em conta que o atributo da coisa julgada pode ser desfeito por ação rescisória ou revisional.

seja, a decisão continuaria a valer para as partes envolvidas. Todavia, o Estado seria chamado a responder pelo prejuízo que a decisão causou a uma das partes.[28]

2.2.2 Configuração da atividade jurisdicional danosa

As atividades jurisdicionais danosas que acarretam responsabilidade do Estado abrangem, como já afirmado, não apenas o ato jurisdicional típico, a sentença de mérito, compreendendo também os processuais praticados antes ou depois da sentença, no processo de conhecimento, cautelar ou de execução, por ocasião do exercício de jurisdição contenciosa ou voluntária.

O tratamento normativo da responsabilidade do Estado nesse âmbito traz peculiaridades em relação ao princípio geral da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a existência de dano, uma vez demonstrado nexo de causalidade entre ele e a ação estatal. A particularidade justifica-se na medida em que a atuação judicial contenciosa implica a produção de necessário desconforto e, mesmo, de certa dose de prejuízo para qualquer pessoa compelida a experimentar, na condição de autora ou ré, mas não apenas nessas posições, o processo judicial. O Estado de Direito tem seu preço, e este é um preço que deve ser suportado por todos. O desconforto e o constrangimento normais não reclamam indenização. A indenização decorre de dano causado por ato judicial que resida em condição intolerável para qualquer cidadão. Essa é a razão pela qual a previsão do art. 37, §6º reclama leitura adequada, que transite nos limites estabelecidos pelas hipóteses normativas e pelos elementos que caracterizam a responsabilidade por ato jurisdicional.

As hipóteses normativas previstas são o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF; art. 630, CPP) e a denegação de justiça (art. 133, CPC). Seus limites e interpretações ainda são disputados na doutrina brasileira. Discute-se, por exemplo, se a previsão do art. 37, §6º que demarca o caráter objetivo da responsabilidade estatal teria revogado a disciplina da responsabilização direta dos magistrados prevista na legislação ordinária e, também, até que ponto a qualificação de "erro judiciário" poderia abarcar situações não expressas na legislação, como as decisões cautelares de prisão preventiva e liminares cíveis em ações de medicamentos.

Os elementos que servem à delimitação do ato jurisdicional danoso ligam-se à sua qualidade: (i) perquirição sobre a condição de escusabilidade e o âmbito de aplicação; (ii) verificação da qualidade do ato processual referido (trata-se de sentença ou outro ato processual? Cível ou penal?). A responsabilidade do Estado depende, portanto, das características do ato implicado.

A primeira condição para a caracterização do ato como danoso e passível de indenização é o *esgotamento dos meios processuais* de revisão judicial. O ato jurisdicional não pode ser mais passível de impugnação judicial (seja por meio de recurso ou de ação).[29]

Cf. AGUIAR JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, p. 5.

[28] DI PIETRO. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 87. A autora lembra, ainda, que esse argumento da "presunção de verdade", ou verdade legal, tem muito mais sentido no sistema anglo-saxão, em que o precedente judicial tem força vinculante para os magistrados, constituindo uma das principais fontes do Direito.

[29] AGUIAR JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 7. A partir da jurisprudência argentina chega-se à conclusão que seriam três os requisitos a serem cumpridos para

A segunda condição reside na configuração da *natureza e gravidade do erro*, pois delas dependerá a imputação da responsabilidade ao Estado e, mais ainda, a possibilidade deste pleitear ação regressiva contra o magistrado. Quanto à natureza, os atos danosos podem resultar de vícios como o dolo e a culpa, configurando erro do magistrado, ou de falha ou demora injustificável da máquina estatal implicando emergência de *falta do serviço*.

Nos casos de dolo, culpa ou desídia (tipo de culpa equiparada à negligência), o Estado responderá pelo dano, devendo acionar regressivamente o agente causador do prejuízo.[30] Já nos casos de erro ou *falha do serviço*, porque anônima, arcará o Estado com o ressarcimento, sem possibilidade de regresso. O erro decorrente de negligência ou imprudência será caracterizado como culpa, sendo certo que, de outro lado, cumpre pressupor o dever legal (perícia) do juiz no tratamento do caso concreto com adequada solução nos termos do direito aplicável. Todavia, o erro induzido poderá ser tomado como excludente quando causado pela própria parte ou terceiro.[31]

Portanto, além da prova do dano (intolerável, insuportável), exigido sempre o nexo de causalidade, a indenização decorrente de ato judicial requer o esgotamento dos meios processuais de impugnação contemplados na lei processual. Por outro lado, o Estado tem ação de regresso contra o agente que agiu com culpa ou dolo. A responsabilidade do Estado é objetiva (inclusive em virtude de atos omissivos quando a lei processual impõe *o dever de agir*), sendo certo que a do agente será subjetiva. Em relação à falta de serviço, em geral a doutrina dela cuida como hipótese de responsabilidade objetiva.[32] Embora os resultados no final possam ser análogos, calha nesta altura, em relação à matéria, a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello.[33]

2.3 Atos jurisdicionais danosos

Na doutrina há disputa acerca do alcance das previsões normativas sobre responsabilidade derivada de ato jurisdicional. O desacordo aparece, sobretudo, diante da possibilidade de, transcendidas as hipóteses expressamente previstas pela lei, manifestação de outros casos autorizadores de responsabilização.

---

configuração do ato jurisdicional danoso: (i) esgotamento dos meios processuais de revisão judicial previstos no ordenamento, (ii) cumprimento da declaração de sua ilegitimidade e comprovação que não produz mais efeitos e (iii) caracterização da natureza e da gravidade do erro (Cf. CERDA. *La responsabilidad del Estado*: Juez: análisis jurisprudencial sobre su evolución, p. 26-33).

30 AGUIAR JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, p. 5 e ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 806.

31 ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 806.

32 Como exemplo, cite-se: ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 737 e MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 657.

33 Na forma como adverte o autor: "É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva" (BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 1012).

2.3.1 Hipóteses incontroversas

a) Erro penal

O ato jurisdicional danoso pode ser penal ou cível. Em relação ao erro penal, previsto no art. 5º, LXXV, da CF,[34] e no art. 630 do CPP,[35] a clareza da previsão normativa e a relevância da proteção do bem jurídico por ela tutelado tornam incontroverso o posicionamento doutrinário. Não é por outro motivo que a revisão pode ser aforada a qualquer tempo. Os valores atingidos por uma condenação injusta ou uma prisão indevida dizem respeito à própria pessoa, afetando-a em sua liberdade, integridade, honra, na vida profissional e familiar.[36]

A hipótese está associada aos atos decisórios viciados dos quais derivem condenações injustas e também às falhas do serviço judiciário contaminantes do trabalho jurisdicional, podendo implicar, entre outras consequências, cumprimento de pena além do tempo devido.

b) Erro cível

Já no erro cível, os valores atingidos, em grande parte das situações, ostentam natureza patrimonial, sendo a prestação jurisdicional, em geral, provocada pelas partes e não pela sociedade, através, por exemplo, do Ministério Público. Todavia, tal circunstância não é capaz de afastar a incidência do especificado no art. 5º, LXXV, e essa é a posição majoritária na doutrina. O erro judiciário civil, reconhecido pela sentença rescisória, poderá, portanto, em função das circunstâncias do caso, acarretar a responsabilidade do Poder Público, podendo ainda determinar (em caso de dolo ou culpa) a ação regressiva contra o magistrado causador do dano.[37]

Cumprindo ao Estado indenizar o dano derivado de erro judiciário penal, deve ele também compor os prejuízos ocasionados no desempenho de atividade não penal.[38] Embora, aqui, a coisa julgada material possa dificultar a sua admissão, manifestando-se neste ponto desacordo doutrinário, ela só impediria a composição de dano provocado por decisão transitada em julgado, sendo aceita nas demais hipóteses. Ou seja, é indiscutível que as decisões de mérito ensejam, uma vez rescindidas, responsabilidade do Estado caso eivadas de vícios qualificados causadores de danos aos jurisdicionados.

c) Falha ou falta do serviço jurisdicional

Também é incontroversa a responsabilidade resultante de *falha* ou *falta no serviço* judiciário implicante de dano.[39] Na hipótese, desloca-se o fundamento da responsabilidade do agente para o serviço: o mau funcionamento da justiça do qual decorra dano

---

[34] "Art. 5º, LXXV. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

[35] "Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. §1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. §2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada".

[36] DI PIETRO. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 92.

[37] ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 810-811. E continua o autor defendendo posição que não encontra acolhida majoritária: "[...] frente ao art. 37, §6º da Constituição Federal, entendemos que possa ocorrer hipótese na qual não tenha sido proposta ação rescisória (por motivo de prescrição, p. ex.) e que mesmo assim, determine a responsabilidade objetiva do Estado por ato jurisdicional".

[38] FACHIN. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 196.

[39] ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 811.

ao particular, independentemente do agir do magistrado, enseja ação indenizatória. É a *faute du service* circunstância que, dela decorrendo dano, autoriza a responsabilidade, embora inexistente, a propósito, expressa previsão normativa.[40] Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria no âmbito administrativo, com as cautelas devidas, podem ser transportadas para o serviço público de natureza jurisdicional.

2.3.2 Hipóteses controversas

a) Responsabilidade pessoal do juiz

A lei desenha hipóteses de responsabilização pessoal do magistrado na prestação jurisdicional. É o caso do art. 954 e seu parágrafo único do Código Civil.[41] Diante da normativa, apenas a autoridade que ordenou a prisão ilegal seria obrigada a ressarcir o dano. Outra hipótese reside no art. 133 e seus incisos e §único do Código de Processo Civil,[42] que dispõe sobre a responsabilidade direta do juiz que agir de forma a causar dano. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional também, no art. 49, cuida do tema tratando exclusivamente da responsabilidade pessoal do juiz.

O desacordo doutrinário diz respeito à compatibilidade entre o disposto no direito infraconstitucional[43] e a disciplina normativa do art. 37, §6º, da Lei Fundamental, que trata da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, admitida a de seus agentes, em caso de regresso.

Ignorando a normativa constitucional há autores que defendem, na hipótese do art. 133 do CPC, a responsabilidade pessoal e exclusiva do magistrado.[44] Há, também, aqueles que, na situação, sustentam ter o prejudicado a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz.[45] Doutrina e jurisprudência vão, após a Constituição de 1988, se inclinado no sentido de que a responsabilidade dos agentes fica restrita ao âmbito da ação regressiva.[46] Mas há decisões admitindo, desde

---

[40] Veja-se o disposto no *RE nº 505393, julgado em 26.06.2007*: "O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça".

[41] "Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal".

[42] "Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias".

[43] Veja-se, também, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35) dispõe sobre a responsabilidade civil pessoal dos magistrados: "Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias".

[44] MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 660.

[45] CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 526; JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 1226 e BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 1047.

[46] ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 798. O posicionamento dominante do STF é o de não admitir ação diretamente endereçada ao agente público: RE nº 327.904-SP, Rel. Min. Carlos Britto, em 15.08.2006 e RE nº 344.133-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, em 09.09.2008. E, em relação a dano causado por magistrado no exercício de atividade jurisdicional, a Suprema Corte já decidiu que a ação indenizatória deve ser ajuizada somente em

logo, o aforamento de ação contra o Estado e, simultaneamente, contra o agente.[47] O importante, nesta altura, é reafirmar a responsabilidade do Estado-juiz decorrente da prestação jurisdicional. Diante disso, a legislação de regência (CC, CPC, CPP e LOMAN), deverá passar por um processo de *interpretação conforme* a Constituição, sendo certo que tudo aquilo que discrepe do comando constitucional será tomado por inconstitucional (tratando-se de disposição posterior à Constituição) ou revogado por incompatibilidade com disposição da Lei Fundamental (tratando-se de disposição legal anterior a ela). De sorte que, operadas as intervenções acima referidas no contexto de produção do discurso jurídico de aplicação, as situações referidas pelo legislador haverão de ser tomadas apenas como disciplinando a responsabilidade subjetiva do agente sem que isso implique exclusão da responsabilidade do Estado.

b) Indenização e decisão passada em julgado

O que está em questão, aqui, é a indenização por dano causado por sentença não mais suscetível de rescisão. O dissídio doutrinário diz respeito à necessidade ou desnecessidade de ser desfeita a coisa julgada antes do aforamento do pleito de indenização estatal.

Aceite-se que o esgotamento das vias recursais constitui pressuposto inafastável da responsabilização. Há doutrina, todavia, no sentido de que a condição não implica a impossibilidade, inocorrendo circunstância de rescisão do ato jurisdicional, da recomposição dos danos. Ainda que decorrido o prazo para a ação rescisória, seria admissível o aforamento de ação buscando o ressarcimento do prejuízo, sendo certo que a coisa julgada haverá de figurar apenas como óbice à revisão do ato jurisdicional, não impedindo a medida indenizatória.[48] Sustenta-se, no presente artigo, posição diversa. Em qualquer caso, havendo decisão passada em julgado, a indenização dependerá da superação do óbice da coisa julgada.[49] Neste caso, cumpre lembrar que a rescisória, nas ações cíveis, substancia o modo adequado de revisão de decisões judiciais de mérito passadas em julgado. Ultrapassado o prazo para a ação de rescisão, a doutrina e a jurisprudência, em casos especiais, vão admitindo outros meios de impugnação.[50] Sem a rescisão (por meio de rescisória ou outro meio excepcionalmente admitido, em

face da respectiva pessoa de direito público, não se admitindo responsabilização concorrente, mas e apenas, eventual responsabilidade que se apure no âmbito do direito de regresso (RE nº 228.977-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, em 14.04.2002).

[47] O STJ, por exemplo, já decidiu pela possibilidade de ação direta contra o agente causador do dano (REsp nº 731.746-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 04.05.2009) e, ainda no âmbito do STF, encontra-se decisão, hoje já superada, no sentido da alternatividade do polo passivo (RE nº 99.214, Rel. Min. Moreira Alves, j. 22.03.1983).

[48] Essa é a posição de ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 811 e FACHIN. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 201.

[49] Da mesma forma como defende Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "[...] dentro do nosso sistema constitucional, é irrecusável ser a coisa julgada obstáculo ao surgimento de um direito de indenização contra o Estado enquanto subsistir sentença transitada em julgado. De um ponto de vista meramente processual, poder-se-ia dizer inexistente o impedimento, uma vez que a ação indenizatória não contém os mesmos elementos da ação onde foi proferida a sentença causadora do dano injusto, sendo diferentes as partes, o pedido e a causa de pedir. É preciso reconhecer, porém, que o ordenamento jurídico não pode conviver com a inconciliável oposição entre duas sentenças antagônicas e igualmente eficazes [...]. Pela natureza da coisa, e por uma exigência de lógica, tal antagonismo deve ser evitado" (A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 4-5).

[50] É o caso já referido da "coisa julgada inconstitucional". Destaque-se, sobretudo, que no âmbito da responsabilidade patrimonial do Estado o pleito indenizatório apenas será justificado caso a revisão do ato jurisdicional ainda seja possível por meios jurídicos. Ou seja, descabe aqui falar em ação de indenização ulterior ao perfazimento da coisa julgada.

particular nas sentenças inconstitucionais transitadas em julgado) nos casos cíveis ou a revisão nos casos penais, não emerge dever de indenizar dano causado por sentença de mérito passada em julgado. Há situações, entretanto, envolvendo dano (patrimonial ou moral) causado por ato anterior ou posterior à sentença, praticado pelo juiz ou por seu auxiliar, que autorizam indenização prescindindo, porque não hostilizam a sentença, do ataque à coisa julgada. Mas mesmo aqui, a indenização somente ocorrerá uma vez, esgotados, sem êxito, os recursos admitidos pela lei processual.

c) Morosidade judicial

A responsabilidade do Estado em virtude de morosidade judicial encontra sustentação no direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).[51] Diante do novo direito fundamental, a *falta* ou *falha do serviço* que configure lentidão inescusável da atividade judiciária e que cause dano ao particular pode acarretar responsabilidade do Estado-juiz.

No caso, o atraso deve substanciar uma "dilação indevida", ou seja, haverá de resultar da inobservância na tramitação do feito nos prazos estabelecidos, mas também de injustificada prolongação de "tempos mortos" que separam um ato processual de outro, sem submissão de prazo fixo determinado.[52] Exemplo característico são as dilações indevidas em processos penais relativas às prisões preventivas.[53]

A doutrina tem discutido se a responsabilidade por dano na seara penal compreende, também, aquele decorrente de decretação de prisão preventiva de réu ou acusado que, ao final do processo, é reconhecido como inocente em sentença absolutória. A posição majoritária é no sentido de que, sendo ilegal o decreto de prisão preventiva, manifestar-se-ia a responsabilidade civil. De outro lado, sendo legal a decretação, a indenização seria aceitável apenas na circunstância de absolvição do réu, com fundamento em categórica negativa da existência do fato ou da autoria, ou diante do reconhecimento da licitude do comportamento.[54]

Além da questão da morosidade, do atraso judicial despido de razoabilidade e, por isso, inescusável, discute-se também a possibilidade da reparação quando os erros são anteriores à sentença definitiva e não mais superáveis.[55] Está-se a referir à prestação jurisdicional deficiente causadora de prejuízo ao particular que, pelo decurso do tempo, torna determinada situação irreversível.

Esse é o caso do indeferimento de liminar concessiva de medicamentos, manifestando-se, depois, já tarde demais, sentença final de provimento. É o caso, também, de decisão denegatória de cautelar com fundamentação deficiente ou inexistente, ou concessiva com sustentação em razões viciadas. Ambas podem ocasionar graves danos ao particular e constituir situações irreversíveis.

Nesta altura cabe uma advertência. Os casos não expressamente previstos na lei, para prevenir abusos, satisfeitas as operações de ablação (em virtude da) e de concordância com a Constituição (interpretação conforme), reclamam do jurista redobrada

---

[51] "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Texto incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

[52] Nesse sentido, ver detalhamento proposto por: BASUALDO. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, p. 133-137.

[53] BASUALDO. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, p. 141-152.

[54] AGUIAR JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. p. 6; MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 660 e ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 805-806.

[55] ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*, p. 72.

cautela. A atividade jurisdicional tem um preço a ser pago e esse preço, significando muitas vezes desconforto e constrangimento, desde que tolerável e, ademais, suportado por todos em condições igualitárias, sem ônus excessivo para ninguém, é condição para a realização do Estado de Direito. Mais do que isso, do Estado Democrático de Direito. Então, o risco inevitável da prestação jurisdicional, compreendido nos termos acima referidos, não pode ser tomado como "causa de indenização".

2.4 Conclusão

O Estado responde pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional nos termos dos arts. 5º, LXXV, e 37, §6º, da Lei Fundamental. O regime constitucional do Poder Judiciário no Brasil não é compatível com a simples responsabilidade do juiz nos casos e condições previstos em lei. Ao contrário, a lei, naquilo que não for inconstitucional ou não tiver sido revogada, deve ser compatibilizada com a Constituição (*interpretação conforme*). Deve o Estado, portanto, indenizar o particular pelos prejuízos causados por ato jurisdicional, ressalvada a responsabilidade subjetiva do magistrado que será apurada em ação de regresso nos termos da disciplina legal e nos casos em que ela se impõe.

Pretendem alguns que o Estado-juiz, protegido por uma sorte de imunidade, não responde pelos danos causados com o exercício da função jurisdicional. Responderia, sim, o juiz, apenas ele, nos casos expressamente definidos em lei uma vez apurada a responsabilidade subjetiva. O entendimento contrasta com a Constituição Federal. O Estado, ocorrendo dano indenizável, comprovado o nexo de causalidade, responde pelos seus atos provenientes de não importa qual função. Todos residem no mesmo território republicano. Onde há poder, deve haver responsabilidade. Então, para utilizar a expressão do poeta, estão *dentro* e não fora. Não há imunidade. Ferreira Gullar, numa poesia intitulada *Fora*, publicada na antologia *Em alguma parte alguma*, proclama: "Estamos dentro de um dentro/que não tem fora/E não tem fora porque/o dentro é tudo o que há/E por ser tudo/é o todo;/tem tudo dentro de si/Até mesmo o fora se,/ por hipótese,/se admitisse existir".[56] Levada a afirmação do poeta para o sítio da responsabilização do Estado-juiz no contexto da nova Constituição, cumpre admitir que dela não é possível fugir!

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASUALDO, Martín Galli. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CERDA, Luis Francisco. *La responsabilidad del Estado*: Juez: análisis jurisprudencial sobre su evolución. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

[56] GULLAR. *Em alguma parte alguma*.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, out./dez. 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUEDES, Demian. Coisa julgada e a Administração Pública na jurisprudência brasileira. *Interesse Público – IP*, ano 12, n.60, mar./abr., 2010.

GULLAR, Ferreira. *Em alguma parte alguma*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2010.

HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico: juízes e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Crequeira Leitte (Org.). *História do direito em perspectiva*: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal; Culzoni, 1999. t. VII - El error judicial.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORALES, Jairo López. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. 2. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?: o ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideais. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 95-118, jan./jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

PÁGINA EM BRANCO

NOTAS SOBRE A JUSTIÇA ELEITORAL[1]

3.1 Introdução – A legitimidade como fundamento do poder político

Weber, em obra clássica, fala de três tipos de dominação definidos a partir da natureza dos supostos que lhe dão estabilidade: a dominação tradicional, a carismática e a racional-legal. Embora os três tipos de dominação não se encontrem em forma pura, tem-se por tradicional a legitimada na crença da justiça dimanada da continuidade dos princípios herdados dos antepassados (é o caso da obediência-lealdade dos súditos em relação aos governantes). Por carismática, a legitimidade decorrente das qualidades de alguém para dirigir o grupo social (seja o herói, profeta ou demagogo). Por racional-legal, tem-se a legitimidade fundada na crença da lei impessoal.[2]

A dominação racional-legal, não se confundindo com o arbítrio, deve ser formalizada segundo procedimentos previamente estipulados e obedecer a certa escala valorativa dominante na sociedade. Se a dominação racional-legal, segundo a tipologia weberiana, funda-se na crença da lei impessoal, esta, por sua vez, alcançará sua legitimidade atendendo a certas coordenadas normativas pré-fixadas pela consciência política predominante.

A lei impessoal não se conforma apenas com a legalidade, exigindo que o destinatário se reconheça como sujeito e destinatário, a um tempo (o problema do autogoverno). Sujeito enquanto ser que participou política e historicamente de sua elaboração (ainda que de modo apenas mediatizado) e destinatário, enquanto cidadão pronto a reconhecer o comando emanado pela lei legítima.

Somente a lei distanciada das vontades pessoais do arbítrio pode, rigorosamente, ser chamada de lei. Esta é a manifestação de um poder político conformado às limitações impostas pela vontade popular.[3] A legitimidade legalizada e a lei legitimada: eis os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

---

[1] O presente texto foi publicado, originalmente, na *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná* (v. 12, n. 47, p. 25-41, jul./set. 1987). Também houve publicação na *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná* (Curitiba, v. 1, p. 267-277, 1987).

[2] WEBER. *Economia e sociedade*. Também: BONAVIDES. *Ciência política*, p. 120.

[3] Sobre a transformação na concepção de lei, conferir CLÈVE. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 44-90.

3.2 O direito eleitoral como regulação do método democrático de legitimação do poder

O poder político e, consequentemente, a legalidade dele derivada, que, aliás, não é autossuficiente, necessitam de um processo de legitimação. Por isso, a legitimação do Estado de Direito contemporâneo encontra seu fundamento no método democrático.

Qual democracia? Eis a questão que cabe a cada povo, em cada momento histórico, responder.[4]

O Estado moderno não consegue, como as cidades gregas em dado momento histórico, fundamentar sua legitimação na expressão da vontade geral manifestada via democracia direta, seja em virtude das próprias características que assumiu, seja, ainda, pela sua expressão populacional ou pela sua extensão territorial. O povo na praça, decidindo os destinos da *polis* é uma imagem distante da realidade política vivenciada pela modernidade.

Por esse motivo, o Estado contemporâneo não pode prescindir da ideia de representação, *topos*[5] alimentador de toda a teoria jurídica da democracia moderna. Assim, os juristas buscam desenvolver a teoria da representação como o resultado de uma necessidade prática, ligada à impossibilidade da democracia direta.[6] Desde Montesquieu, muitos têm contribuído para a construção teórica desse conceito legitimador do poder político.

Burdeau, em obra primorosa,[7] aborda o tema com realismo. A representação, pilar da democracia contemporânea, pode ser um mito, ainda que um mito imprescindível para a estabilização da vida social. Trata-se de um dos três mitos das sociedades evoluídas: o povo, a representação e a maioria, jogando o papel de uma carta social, garantidora da ordem estabelecida no tempo do poder e da lei que sucede àquele dos profetas e dos deuses.[8]

Representação, democracia indireta, povo, cidadania — fundamentos da legitimação do poder. O direito eleitoral, experiência jurídica recente na humanidade, constitui

---

[4] A questão sobre qual democracia se coloca, pois; por exemplo, Bobbio entende a democracia como um conjunto de procedimentos, ou seja, como um método (Qual socialismo?. *In*: BOBBIO. *Marxismo e Estado*, p. 233). Ainda, outras perspectivas a respeito da democracia podem ser exploradas. A democracia deliberativa defende uma concepção dialógica de democracia, como argumenta Carlos Santiago Nino: "Enquanto algumas visões deste tipo conservam a separação entre política e moral, minha concepção visualiza estas duas esferas como interconectadas e coloca o valor da democracia na moralização das preferências das pessoas. Desde o meu ponto de vista, o valor da democracia reside em sua natureza epistêmica a respeito da moralidade social. Sustento que, uma vez feitos certos reparos, poder-se-ia dizer que a democracia é o procedimento mais confiável para se chegar ao conhecimento dos princípios morais. Por isso, esta posição não constitui uma visão perfeccionista, pois pressupõe uma diferenciação entre os *standards* morais, limitando o valor epistêmico da democracia àqueles que são de natureza intersubjetiva" (*La constitución de la democracia deliberativa*, p. 154. Tradução livre). Sobre a questão, ver também: RAWLS. *Uma teoria da justiça* e HABERMAS. *Teoria do agir comunicativo*. Enquanto a teoria agonística de democracia pontua que: "Precisamente na tensão entre consenso — sobre os princípios — e dissenso — sobre sua interpretação — é onde se inscreve a dinâmica agonística da democracia pluralista. Disto decorre a exigência de uma dupla reflexão, por uma parte sobre a maneira em que se pode assegurar a adesão aos valores éticos-políticos que definem esta forma política de sociedade e, por outra parte, sobre as diferentes interpretações que se podem dar destes valores, ou seja, sobre as diversas modalidades da cidadania e as formas possíveis de hegemonia" (MOUFFE. *El retorno de lo político*, p. 21, tradução livre).

[5] VIEHWEG. *Tópica e jurisprudência*.

[6] "Les seules questions seront alors de se demander quel est le meilleur système de représentation et non d'interroger le systéme lui même" (MIAILLE. *Épistemologie*: la representation, p. 27).

[7] BURDEAU. *La Politique au pays des merveilles*.

[8] "Le mythe de la représentation prémunit la colectivité contre une agression constante, celle dúe à l'existence du commandement qui ne doit pas apparaitre comme extérieur et excessif, mais au contraire, comme légitime, consenti" (BURDEAU. *La Politique au pays des merveilles*, p. 132). Ou como quer Miaille: "Le mythe représentatif organise ce consentement des 'nous' à l'égard des 'ils', les seconds s'incorporant dans les premiers. Les 'ils' ne son jamais extérieurs aux 'nous' ils sont les 'nous': agissant, les 'nous' s'organisant" (*Épistemologie*: la representation, p. 39).

a regulação do método ou procedimento democrático de legitimação do poder político. Falhando o direito eleitoral, falha o procedimento legitimador, esmorecem os canais de comunicação entre a ação do Estado e a vontade popular, aparecem as "crises políticas". Bem elaborado o direito eleitoral e suas instituições, mais estreita será a distância entre o poder instituído e os cidadãos.

3.3 A experiência eleitoral no Estado brasileiro – Breve panorama histórico

3.3.1 A experiência eleitoral no Império

Segundo Raymundo Faoro, "as instruções de 26 de março de 1824, estatuto eleitoral outorgado pelo governo e que vige até 1842, fixam as bases do sistema que domina, com modificações secundárias, quase todo o império. A mesa eleitoral e paroquial foi o fundamento de toda a vida partidária [...]".[9] O autor continua: "Aperfeiçoado mais tarde, esse núcleo determinará o reduto das manipulações, da fraude e da violência eleitoreiras".[10]

Na mesma linha, Fernando Andrade de Oliveira sustenta que:

> [...] o rígido controle do processo eleitoral já era exercido pelas juntas de qualificação, inicialmente constituídas pelo juiz de paz, pelo delegado de polícia e pelo vigário [...]. Ao juiz de paz, na verdade, sempre coube a função de ditar a orientação política, ao sabor dos interesses do regime dominante. Nas listas dos votantes eram facilmente incluídos nomes fictícios ou de pessoas falecidas, e naturalmente excluídos os adversários. Daí a mobilidade do contingente desses cidadãos, defeito que somente veio a ser corrigido no fim do Império [...]. Muitas vezes a junta de qualificação se convertia em mesa de votação que, sem prévia inscrição eleitoral, recebia os sufrágios. Muito embora as suas decisões comportassem reexame pelos Tribunais de Relação, a inocuidade dos recursos era a regra geral. A ausência de registro prévio, quer dos Partidos, quer dos candidatos aos cargos eletivos, favorecia ainda mais a fraude, largamente disseminada. A apuração dos votos igualmente possibilitava a manipulação dos resultados eleitorais, principalmente quando esse trabalho era desempenhado cumulativamente com o da qualificação dos votantes [...]. Ainda, informa Hervécio de Oliveira Azevedo, no afã de agradar o Governo, não raro os eleitores entregavam atas em branco, por eles assinadas, resolvendo-se as eleições nos gabinetes dos Presidentes de Província. A par disso e nos termos do art. 21 da Constituição, competia ao Poder Legislativo a verificação dos poderes de seus membros, vale dizer, exercer o controle final sobre o processo, diplomando apenas os que, discricionariamente, fossem considerados efetivamente eleitos. Na Inglaterra, esse sistema protegia o Parlamento contra as interferências do Rei; aqui, ao contrário, era aplicado para submeter o órgão legislativo aos interesses do Poder Executivo.[11]

A legislação eleitoral do Império sofreu não poucas mudanças. Duas foram significativas: (i) a Lei do Terço (Lei nº 2.675, de 1875, regulamentada pelo Decreto nº 6.094,

---

[9] FAORO. *Os donos do poder*, p. 367. As instruções de 26 de março de 1824, segundo Manoel Rodrigues Ferreira, pouco diferiam da lei eleitoral anterior. As instruções de 19 de junho de 1822, editadas para disciplinar a forma de eleição dos deputados das províncias do Brasil que deveriam compor a Assembleia Geral Constituinte, convocada por D. Pedro através do decreto de 03 de junho de 1822, constituíram a primeira lei eleitoral brasileira (FERREIRA. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*, p. 143-148).

[10] FAORO. *Os donos do poder*, p. 367.

[11] OLIVEIRA. Democracia, representação política e justiça eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*.

de 1876) criou o título eleitoral e conferiu à justiça competência para resolver sobre a validade das eleições de juízes de paz e vereadores. Entretanto, embora o texto normativo tratasse de questões relativas ao processo eleitoral, não cogitou da organização de um corpo judiciário especial para a sua execução.[12] (ii) A Lei Saraiva (Decreto nº 3.029, de 1881) estabeleceu a eleição direta. Até então, as eleições realizavam-se em dois turnos. O primeiro grau referia-se aos votantes e o segundo, aos eleitores, escolhidos pelos votantes para sufragarem os mandatários junto às Províncias e à Corte.[13]

Nenhuma das leis conseguiu instituir um sistema sólido e eficaz de regulação do procedimento eleitoral. Falhava a lei eleitoral ao favorecer a fraude. Falhava a norma constitucional ao agasalhar o voto censitário. Em nome da teoria da representação, praticava-se a dominação tradicional.

3.3.2 A experiência eleitoral na Primeira República

Com a proclamação da República e a instituição do federalismo, o fortalecimento dos Estados favorece o domínio dos grandes proprietários, definindo-se o regime oligárquico.

A primeira lei eleitoral republicana foi de 25 de janeiro de 1892. A segunda, de 1893, tratou de inelegibilidades. Carlos Maximiliano considerou como "o mais engenhoso aparelho de fraude eleitoral que se conheceu no Brasil".[14]

Durante a Primeira República, como demonstra Faoro,[15] a última instância de apuração, levada a termo pelas mesas eleitorais, cabia à Câmara dos Deputados, mediante a comissão de verificação de poderes. Esta comissão seria a autoridade validadora das eleições efetivadas a bico de pena. "As leis eleitorais, no contexto, são apenas os instrumentos legalizadores de um poder de fato".[16]

A Lei nº 35, de 26 de janeiro de 1892, confiava a apuração dos votos às mesas eleitorais, favorecendo a ação nefasta dos agentes do governo. A Lei Rosa e Silva (Lei nº 1.269, de 15 de novembro de 1904), com o intuito de limitar a eficácia das pressões sobre o processo eleitoral, revogou a Lei nº 35, de 1892 e toda a legislação esparsa anterior.[17] Trouxe algumas novidades, como atribuir aos juízes a tarefa de promover o alistamento, procedendo-se a eleição por escrutínio secreto, admitindo, todavia, o voto a descoberto.

As Leis nºs 3.139, de 02 de agosto, e 3.208, de 27 de dezembro de 1916 (legislação Senador Bueno de Paiva), conferiram às unidades federadas competência para tratar do alistamento, observada a participação das autoridades judiciárias nos pleitos.[18]

Outras leis foram editadas, mas nenhuma conseguiu alterar o quadro eleitoral vigente desde o Império. Na base, o bico de pena substituía as eleições e, na instância superior, a degola (processo da validação dos diplomas dos eleitos promovido pela comissão de verificação de poderes) substituía as apurações.

---

[12] CUNHA. Evolução do direito eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 113; FERREIRA. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*, p. 247-248.

[13] CUNHA. Evolução do direito eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 113. A Lei Saraiva, ou Lei do Censo, foi regulamentada pelo Decreto nº 8.213, de 1881 (FERREIRA. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*, p. 267).

[14] CUNHA. Evolução do direito eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 110.

[15] FAORO. *Os donos do poder*, p. 563.

[16] FAORO. *Os donos do poder*, p. 627.

[17] FERREIRA. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*, p. 341.

[18] FAORO. *Os donos do poder*, p. 627.

3.3.3 A experiência eleitoral do pós 1930

Após a revolução de 1930, notável evolução haveria de se refletir sobre o sistema eleitoral brasileiro. Novas disposições iriam aparecer, novos princípios emergiriam com o inevitável prestigiamento do Judiciário.

Embora os magistrados não estivessem excluídos do processo eleitoral antes de 1930, eram apenas um dos membros das comissões e juntas eleitorais manobradas pelas autoridades e, mais tarde, submetidas aos caprichos dos governadores. Depois dos anos trinta, ao lado de um direito eleitoral renovado, depurado de muitos dos vícios antigos, cria-se a Justiça Eleitoral, órgão jurisdicional encarregado de aplicar a legislação eleitoral e presidir o processo eleitoral.

> A justiça eleitoral, como órgão autônomo, é, entre nós, criação típica do movimento de 1930, que procurou realizar neste particular o lema de Assis Brasil: "representação e justiça". Antes, o alistamento, a realização das eleições e a apuração eram afetas à magistratura de primeira instância, que presidia a grande maioria das mesas receptoras e das juntas apuradoras, cabendo o reconhecimento e a diplomação ao Congresso (Dec. nº 17.526, de 10 de novembro de 1926). Cada Estado-Membro tinha sua Lei eleitoral. O Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932) veio unificar a legislação eleitoral no país e instituir a justiça eleitoral autônoma.[19]

A Constituição de 1934 manteve, em linhas gerais, a organização estabelecida pelo Código de 1932. A Carta de 1937, que implantou a ditadura do Estado Novo, não tratou da Justiça Eleitoral. A Constituição de 1946, implantando algumas modificações, manteve em suas linhas fundamentais a organização dessa Justiça especializada criada em 1932.

O Estatuto Constitucional de 1967 trouxe inovações de fundo e de forma. Introduziu um Juiz Federal na composição dos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 126, II) e reduziu a dois os desembargadores que os integravam. Entre as atribuições da Justiça Eleitoral, incluiu a de "fiscalizar" as finanças dos partidos (art. 130), admitindo, ademais, recurso das decisões dos Tribunais Regionais para o Tribunal Superior também quando versassem sobre "inelegibilidades" (art. 131).

Reproduzindo, em linhas gerais, essas escolhas, a Carta de 1969 (Emenda Constitucional nº 1/1969) aumentou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal integrantes do Tribunal Superior Eleitoral.

3.4 O sistema eleitoral brasileiro na atualidade

Três são os sistemas principais mais conhecidos de controle do processo eleitoral.[20]

3.4.1 Sistema de verificação dos poderes

Cada Câmara atua como juiz da elegibilidade e da regularidade da eleição de seus membros. A Constituição americana, promulgada em 1787, incorporou esse mecanismo.

---

[19] JACQUES. *Curso de direito constitucional*, p. 292.

[20] RIBEIRO. *Direito eleitoral*, p. 104. Também: FERREIRA. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*, p. 333-342.

O Brasil inicialmente filiou-se a essa escola. Leia-se o art. 21 da Constituição de 1824: "Art. 21. A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes e secretários das câmaras, verificação dos poderes de seus membros, juramento e sua política interior se executarão na forma dos seus regimentos".

Pimenta Bueno, em obra clássica — *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império* —, aplaude a escolha do legislador. O fato é que o mecanismo não funcionou a contento entre nós, conquanto permaneça em outros países.[21]

3.4.2 Sistema eclético

Trata-se de unir as vantagens do sistema político (flexibilidade e informalismo) com o temperamento peculiar da atividade jurisdicional. É o sistema adotado pela Alemanha.

Cabe ao Legislativo a verificação dos poderes e a instauração de um sistema de recursos ao Tribunal Constitucional, órgão garantidor dos princípios jurídicos estabelecidos pela Lei Fundamental da Alemanha.

O mesmo modelo, com ligeiras modificações, pode ser encontrado na Constituição francesa de 1958, ainda em vigor. Conforme os artigos 58, 59 e 60 da Constituição francesa, compete ao Conselho Constitucional, espécie de jurisdição constitucional,[22] "velar pela regularidade da eleição do Presidente da República, bem como decidir sobre os contenciosos relativos às eleições de deputados e senadores".

O Conselho Constitucional tem composição heterogênea. Três membros são escolhidos pelo Presidente da República, três pela Assembleia Nacional e três outros pelo Presidente do Senado, integrando o órgão, ainda, todos os ex-Presidentes da República.[23]

A Constituição de Weimar, de 1919, também adotou essa variante eclética ou semiparlamentar, instituindo o Tribunal de Verificação Eleitoral, composto por membros do Parlamento e do Tribunal Administrativo.[24]

3.4.3 Sistema jurisdicional puro – A Justiça Eleitoral

Além do Brasil, também o Chile (antes da ditadura militar) e a Grécia adotaram o modelo. Igualmente a antiga Tchecoslováquia, antes da Segunda Guerra Mundial, experimentou-o. A história política brasileira exigia um processo de controle eleitoral imparcial, desinteressado e apolítico. Entre nós, apenas o Poder Judiciário poderia satisfazer essas exigências. Disso, decorreu a escolha, pelo Brasil, do modelo jurisdicional de controle das eleições.

---

[21] RUSSOMANO. Sistemas eleitorais: Justiça Eleitoral sua problemática no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 133. A autora prefere chamar este sistema de parlamentar ou político.

[22] CAPPELLETTI. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. O autor, que escreveu a obra antes da instituição, na França, do incidente de inconstitucionalidade, não atribui caráter jurisdicional às decisões do Conselho Constitucional francês. Conferir também: BON. La legitimité du Conseil Constitutionel Français. *In*: LEGITIMIDADE e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, p. 139-153.

[23] BURDEAU. *La Politique au pays des merveilles*.

[24] RUSSOMANO. Sistemas eleitorais: Justiça Eleitoral sua problemática no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 134.

3.5 Organização da Justiça Eleitoral

A Justiça Eleitoral não possui quadro próprio de magistrados. Toma-os de outros órgãos judiciários. Embora a regra da periodicidade da investidura judiciária já tenha sido adotada, pelo menos parcialmente, pelas jurisdições militar[25] e do trabalho,[26] o princípio adquiriu maior relevância na Justiça Eleitoral, já que nenhum magistrado vincula-se de modo permanente a qualquer órgão seu.

Tal princípio, afirma Fávila Ribeiro, contrariando a crítica formulada por alguns autores,[27] não evidencia um cuidado com a contenção dos gastos públicos, revelando, antes, uma preocupação com a segurança do processo eleitoral. Justificável preocupação, diga-se de passagem.

Nessa esteira, afirma Fávila Ribeiro:

> [...] o exercício continuado da jurisdição eleitoral, quase certo, gera fricções com os descontentes ante os pronunciamentos emitidos e, como as indisposições podem prejudicar os padrões de neutralidade às vezes inconscientemente, a obrigatória renovação dos mandatos, após o decurso do segundo biênio, é penhor da imparcialidade no funcionamento da instituição.[28]

Além da temporariedade da investidura dos juízes eleitorais, outras três características singularizam essa jurisdição especial.

A primeira diz respeito ao funcionamento de órgãos colegiais de primeira instância, ou seja, as Juntas Eleitorais, para os atos de apuração até a diplomação. As Juntas Eleitorais são presididas por um Juiz de Direito, com dois ou quatro membros leigos, escolhidos dentre eleitores das Zonas, designadas pelo Tribunal Regional Eleitoral mediante indicação dos Juízes Eleitorais. Nas demais atividades, os juízes funcionam singularmente, processando e julgando os "crimes eleitorais, conhecendo e decidindo *habeas corpus* e mandados de segurança, dirigindo o alistamento eleitoral [...], enfim, praticando todos os atos decisórios que processual ou administrativamente lhes sejam cometidos".[29]

A segunda refere-se à composição heterogênea dos órgãos colegiais de instância superior. Encontram-se, lado a lado, com prerrogativas idênticas, magistrados de diferentes posições hierárquicas nos órgãos de onde são recrutados.

A terceira característica relaciona-se à impossibilidade, face à inexistência de regra constitucional permissiva, de os órgãos colegiais de instância superior se dividirem em

---

[25] A Constituição de 1988 dedica poucos dispositivos à Justiça Militar, entre os quais dispõe sobre a composição do Superior Tribunal Militar: "Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze *Ministros vitalícios*, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis" (grifos nossos).

[26] Os órgãos da Justiça do Trabalho, inclusive os de primeira instância (as Juntas de Conciliação e Julgamento), eram originariamente compostos por juízes togados (na Junta: o juiz presidente) e por classistas, temporários, representantes dos empregados e dos empregadores (arts. 111 a 117 da CF). Com a Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999, o vocalato foi extinto. Entre os órgãos que sofreram modificação, o Tribunal Superior do Trabalho passou a ser composto por dezessete Ministros, togados e vitalícios, com formação jurídica (art. 111, §1º). A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, revogou tal regra, disciplinando que serão vinte e sete Ministros, dentre juízes e advogados, sem fazer menção à vitaliciedade (art. 111-A).

[27] Por exemplo, RUSSOMANO. Sistemas eleitorais: Justiça Eleitoral sua problemática no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 138.

[28] RIBEIRO. *A justiça eleitoral e a democracia brasileira*, p. 27.

[29] RIBEIRO. *Direito eleitoral*, p. 131.

Câmaras, Turmas ou Grupos. Os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral decidem sobre todas as questões de sua competência em sessões plenárias.

3.5.1 Órgãos da Justiça Eleitoral

A Justiça Eleitoral é composta pelos seguintes órgãos (art. 118 da CF e art. 12 do Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965): Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais.

3.5.2 Composição dos órgãos da Justiça Eleitoral

3.5.2.1 Tribunal Superior Eleitoral

O Tribunal Superior Eleitoral compõe-se de, no mínimo, sete Ministros, todos com mandato de dois anos, com possibilidade de recondução por mais um biênio (art. 119 e art. 121, §2º, da CF) recrutados da seguinte forma: (i) mediante eleição, por voto secreto, três Ministros do Supremo Tribunal Federal, entre os quais serão eleitos o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral; (ii) dois juízes, escolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça entre seus membros; (iii) por nomeação do Presidente da República, dois juízes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, da CF).

3.5.2.2 Tribunais Regionais Eleitorais

Os Tribunais Regionais são localizados nas capitais dos Estados e no Distrito Federal. Sua composição é a seguinte: (i) mediante eleição, por voto secreto, dois desembargadores, escolhidos para um biênio, pelo Tribunal de Justiça, entre os seus membros, entre os quais serão eleitos o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral; (ii) dois juízes de direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça, por igual prazo; (iii) um juiz do Tribunal Regional Federal, com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, um juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; (iv) por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça (art. 120 da CF).

3.5.2.3 Juntas Eleitorais

As Juntas Eleitorais são órgãos deliberativos, constituídos sessenta dias antes do pleito, com as seguintes atribuições: apurar as eleições; decidir sobre as impugnações e incidentes durante os trabalhos de contagem e apuração; expedir os boletins de apuração, urna por urna, fornecendo-as às organizações partidárias, encaminhando uma das vias para o Tribunal Regional Eleitoral e, finalmente, proclamar e diplomar os eleitos para os cargos municipais.

A Junta Eleitoral, como mencionado, é formada por dois ou quatro eleitores de notória idoneidade, sob a presidência de um juiz de direito, nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, após aprovação plenária.[30]

[30] "Poderão ser criadas tantas Juntas quantas permitir o número de Juízes de Direito, mesmo os que não estejam exercendo função eleitoral" (SOBREIRO NETO. *Direito eleitoral*, p. 53).

3.5.2.4 Juízes eleitorais

Os juízes eleitorais são titulares de zonas eleitorais, funcionando como órgão judiciário singular de primeira instância. É o juiz de direito da comarca quem exercerá a função de juiz eleitoral. A designação será feita pelo Tribunal Regional Eleitoral quando a comarca tiver mais de uma vara.

3.6 O Ministério Público Eleitoral

Junto à Justiça Eleitoral funciona o Ministério Público Eleitoral. O Procurador-Geral junto ao Tribunal Superior Eleitoral é o próprio Procurador-Geral da República. Seu substituto legal funciona durante suas faltas e impedimentos. O Procurador-Geral tem a faculdade de designar outros membros do Ministério Público da União, com exercício no Distrito Federal, e sem prejuízo de suas funções, para auxiliá-lo junto ao Tribunal Superior Eleitoral, onde, contudo, não terão assento.

Já o Procurador da República do respectivo Estado servirá como Procurador Regional Eleitoral. Onde houver mais de um Procurador da República, servirá aquele que for designado pelo Procurador-Geral Eleitoral.

Perante os juízes eleitorais, funcionarão os próprios membros do Ministério Público Estadual.

3.7 A Justiça Eleitoral e suas atribuições

A Justiça Eleitoral, além da atividade jurisdicional, exerce também outras funções. Dispõe a Justiça Eleitoral, portanto, de competências: (i) administrativa funcional, (ii) administrativa eleitoral, (iii) normativa funcional, (iv) normativa eleitoral e, finalmente, (v) jurisdicional propriamente dita.

3.7.1 Competência administrativa funcional

Compete aos Tribunais Eleitorais e ao Tribunal Superior Eleitoral organizar suas Secretarias e a Corregedoria Geral, conceder aos seus membros licenças e férias, requisitar funcionários da União e, ainda, no Distrito Federal e, em cada Estado ou Território, funcionários dos respectivos quadros administrativos, no caso de acúmulo ocasional de serviço. Compete, ainda, aos Tribunais Eleitorais e ao Tribunal Superior Eleitoral, eleger seus Presidentes e respectivos Vice-Presidentes.

3.7.2 Competência administrativa eleitoral

A Justiça Eleitoral exerce várias atribuições de caráter mais administrativo do que propriamente jurisdicional. É o caso do (i) registro dos partidos políticos (art. 17, §2º da CF), assim como da fiscalização de suas finanças e filiações, (ii) do alistamento eleitoral e (iii) do processamento e apuração das eleições com a consequente expedição dos diplomas dos eleitos.

Note-se, por ilustrativo, que o alistamento eleitoral, no Reino Unido, é realizado de ofício por funcionários qualificados. A França segue a mesma linha, ficando a cargo de autoridades municipais, o mesmo ocorrendo na Bélgica. No Brasil, por questão de

conveniência política, incumbiu-se à Justiça Eleitoral da competência para a verificação da capacidade do alistando. Isso para evitar os expedientes fraudulentos, comuns na história eleitoral brasileira durante mais de um século.

3.7.3 Competência normativa funcional

Compete aos Tribunais Regionais Eleitorais e ao Tribunal Superior Eleitoral, como todos os tribunais, elaborar os seus respectivos regimentos internos (art. 96, I, "a", da CF/1988).

3.7.4 Competência normativa eleitoral

O Código Eleitoral confere à Justiça Eleitoral competência para fixar a data das eleições quando não o tiverem sido por lei. Inexistindo disposição legal cuidando do assunto, cabe à Justiça Eleitoral marcar a data da realização dos pleitos. Trata-se de competência de inequívoco caráter normativo.

O corpo eleitoral brasileiro é distribuído por circunscrições eleitorais coincidentes com as áreas territoriais dos Estados e Territórios. As circunscrições são divididas em zonas eleitorais, que podem ou não coincidir com o território dos municípios.

Além da atribuição mencionada, outras duas são significativas: o poder de responder consultas em matéria eleitoral e o poder de expedir instruções para a fiel execução do Código Eleitoral.

3.7.4.1 As consultas

As respostas às consultas também consubstanciam decisões normativas. Por meio de uma consulta, pode ser fixada a orientação sobre dada matéria eleitoral, oferecendo, consequentemente, condições para que haja correta observância dos postulados legais. Os Tribunais Eleitorais contam, portanto, com competência consultiva em matéria eleitoral. As consultas devem ser encaminhadas, em tese, sem alusão a fatos concretos. As respostas não envolvem julgamento.

O Tribunal Superior Eleitoral responde às consultas formuladas: (i) pelos órgãos nacionais dos partidos políticos, (ii) pelo seu presidente ou por delegado credenciado ou, ainda, (iii) por quaisquer autoridades com jurisdição federal.

Aos Tribunais Regionais Eleitorais cabe responder consultas endereçadas pelos (i) diretórios regionais dos partidos políticos por meio de seus presidentes ou delegados credenciados, ou, ainda, (ii) por autoridades públicas estaduais ou municipais.

3.7.4.2 As instruções

Trata-se de atribuição cometida à Justiça Eleitoral, de modo específico ao Tribunal Superior Eleitoral, para a edição de atos normativos secundários em assunto eleitoral. Segundo Fávila Ribeiro, "essa competência emergiu com o Código Eleitoral e vem oferecendo alentadores resultados, tanto que diplomas legislativos posteriores abriram-lhe novos campos de incidência".[31]

[31] RIBEIRO. *Direito eleitoral*, p. 138.

Para Antônio Tito Costa,

> Além de suas atribuições judicantes, a justiça eleitoral, por meio do TSE, possui a competência normativa ou regulamentar [...], resultante esta de competência privativa desse órgão para expedir instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou tomar quaisquer providências para a execução da legislação eleitoral, bem como estabelecer a divisão eleitoral do país.[32]

O Tribunal Superior Eleitoral, portanto, está autorizado a expedir sob o título genérico de instruções, regras para a fiel execução das leis eleitorais. Suas resoluções, ostentando força normativa geral, embora subordinadas à lei, autorizam, inclusive, na hipótese de ofensa à sua letra expressa, interposição de recurso especial (TSE, BE 13/15; l13/196).

3.7.5 Competência jurisdicional propriamente dita

Foram consignadas à Justiça Eleitoral, por outro lado, competências de natureza jurisdicional. Abrangem, basicamente, o contencioso decorrente do processamento e apuração das eleições, bem como da expedição dos diplomas, envolvendo as arguições de inelegibilidades, o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos que lhe são conexos, bem como o *habeas corpus* e o mandado de segurança em matéria eleitoral.

3.8 Para concluir

O direito eleitoral constitui a regulação do método democrático de legitimação do poder político. A história política de nosso país mostra que a lei foi, muitas vezes, insuficiente para assegurar a pureza da representação e, portanto, a legitimidade do poder.

Durante o Império e a Primeira República, experimentou-se uma representação viciada, impura e, por isso, ilegítima. A lei, sozinha, pode pouco contra o poder de fato. Afinal, sem instituições responsáveis pela sua aplicação e execução, ou seja, sem jurisdição e cidadania ativa, "o comentário da lei é a eterna malícia".[33]

Coube, pois, na história brasileira, à Justiça Eleitoral, com todos os seus defeitos, mas também com todas as suas qualidades, garantir (por meio da aplicação de ofício ou contenciosa da lei) a eficácia da regulação do método democrático de legitimação do poder político. E isso, nos períodos de normalidade constitucional (quando o Brasil não caiu sob o império do poder de fato), a Justiça Eleitoral, em geral, salvo justas críticas pontuais, tem sabido fazer. E faz melhor quando é estimulada por uma cidadania ativa e consciente de sua força.

A discussão sobre o papel da Justiça Eleitoral, entretanto, continua oportuna. Muito ainda pode ser feito para melhor sedimentar a democracia brasileira. A legislação eleitoral pode passar por um processo de revisão que a atualize. O sistema partidário pode ser aperfeiçoado. O tratamento normativo dado ao financiamento das campanhas

---

[32] COSTA. *Recursos em matéria eleitoral*, p. 15-16.

[33] LIMA SOBRINHO. A justiça e a reforma eleitoral. *Revista Eleitoral da Guanabara*, p. 101. O autor se vale de uma citação de Machado de Assis: *Papéis avulsos*, v. 2.

eleitorais desafia reforma. Mesmo a atuação da jurisdição eleitoral, nos últimos anos, pode ser questionada, particularmente a orientação paternalista e ativista de certa jurisprudência. Entretanto, as atribuições que os órgãos judiciários eleitorais desempenham devem continuar com eles. Não há sentido em mudar uma experiência que tem sido, no geral, vitoriosa. A opção pelo sistema judicial de controle do processo eleitoral, com os aperfeiçoamentos necessários, deve, portanto, permanecer.

Referências

ASSIS, Machado de. *Papéis avulsos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 2 - A sereníssima Republica. (Obra Completa).

BOBBIO, Norberto. Qual socialismo?. *In*: BOBBIO, Norberto. *Marxismo e Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

BON, Pierre. La legitimité du Conseil Constitutionel Français. *In*: LEGITIMIDADE e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BURDEAU, Georges. *La Politique au pays des merveilles*. Paris: PUF, 1979.

BURDEAU, Georges. *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Antônio Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CUNHA, Fernando Whitaker da. Evolução do direito eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 63, p. 113-118, jul./set. 1979.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Porto Alegre: Globo, 1979.

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. A justiça e a reforma eleitoral. *Revista Eleitoral da Guanabara*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 101, 1970.

MIAILLE, Michel. *Épistemologie*: la representation. Montpellier: Cahier du Centre d'Étude et de recherche sur la théorie de l'Etat, 1984.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Democracia, representação política e justiça eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 104, p. 179-196, out./dez. 1989.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Fávila. *A justiça eleitoral e a democracia brasileira*. Fortaleza: Jurídica, 1961.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RUSSOMANO, Rosah. Sistemas eleitorais: Justiça Eleitoral sua problemática no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 71, p. 133-140, jul./set. 1981.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. México: TL, 1969.

ELEIÇÃO PARA CARGOS DIRETIVOS DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA. LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL[1]

4.1 A questão em debate

É frequente, no Estado do Paraná, a discussão sobre a constitucionalidade de determinadas regras que cuidam das eleições para cargos diretivos do Tribunal de Justiça. Os dispositivos questionados são o artigo 99, I, da Constituição Estadual e o artigo 82, §8º do Regimento Interno do Tribunal, ambos qualificadores da capacidade eleitoral passiva exigida para a disputa dos cargos de cúpula da referida Corte. Conforme disposto na Constituição do Estado e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, apenas os membros do respectivo Órgão Especial seriam elegíveis para os cargos de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral de Justiça.

Sabe-se que, nos termos da Constituição Federal, aos Tribunais, além daquelas de natureza jurisdicional, foram concedidas outras importantes competências, exercendo por isso, autonomamente, atividades que se refletem nos poderes de autogoverno e de autoadministração. Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, entre várias inovações no âmbito da reforma do Judiciário, criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Tribunais ostentavam um grau de autonomia ainda maior.

Diante do regime constitucional aplicável, pode-se afirmar que convivem em plena harmonia o artigo 96, I, "a", da CF/88, que estabelece a competência privativa dos Tribunais para "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos", e o artigo 93, *caput*, também da Constituição, que confere à lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, a função de dispor sobre o Estatuto da Magistratura. A competência normativa dos Tribunais de Justiça, portanto, é reflexo de sua *autonomia* e deve, pela sua própria característica (poder limitado), respeito às disposições gerais plantadas no Estatuto da Magistratura. Ora, não tendo sido ainda aprovada a lei complementar que introduzirá o novo Estatuto da Magistratura, continua a vigorar, tendo sido por isso recepcionada, a velha Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

[1] Texto, originalmente, publicado na *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 265-276, jul./set. 2012).

Feitas essas singelas considerações, resta saber se a disciplina estatuída pela Constituição Estadual do Paraná e confirmada pelo Regimento Interno do Tribunal encontra respaldo na lei federal e no disposto na Constituição Federal de 1988.

4.2 A inconstitucionalidade do art. 99, I da Constituição Estadual do Paraná e do art. 82, §8º do Regimento Interno do TJ/PR

A Constituição de 1988 cuidou da competência privativa da União para dispor, em sede de lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sobre o Estatuto da Magistratura, tendo estabelecido os limites materiais e formais da atividade legislativa nesse campo. Logo, em relação à matéria, encontram-se de antemão constrangidos os poderes normativos dos Tribunais de Justiça (no sítio regimental) e das Assembleias Legislativas Estaduais, mesmo quando, no último caso, resultem do exercício do Poder Constituinte derivado. A atividade legiferante de âmbito estadual deve, portanto, para prevenir hipótese de invalidade, observar o contido no Estatuto (ou na lei que lhe faça as vezes).

A velha LOMAN trata das eleições para os cargos de direção dos Tribunais. Dispõe, com efeito, o artigo 102:

> Art. 102. *Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes,* com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antigüidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição. (grifos nossos)

Como se depreende da intelecção da normativa, o único critério capaz de constranger a capacidade eleitoral passiva dos membros dos Tribunais diz respeito à *antiguidade*. Dessa forma, apenas os juízes mais antigos, no caso dos Tribunais de Justiça, os desembargadores, poderão ser eleitos para os órgãos de cúpula (Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral de Justiça), independentemente do pertencimento a qualquer órgão. Quanto à capacidade eleitoral ativa a regra também foi clara: todos os desembargadores, mas, apenas os desembargadores, votam. Ora, os desembargadores do Tribunal de Justiça integram o Pleno do Tribunal.

A Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, entretanto, no exercício do Poder Constituinte decorrente (*ex vi* do artigo 25, *caput*, CF/88), introduziu na Constituição Estadual disposição sobre as eleições para os cargos de cúpula do Tribunal de Justiça. O artigo 99, I, da Constituição do Estado do Paraná, com a redação oferecida pela Emenda Constitucional nº 16/2005, assim estabelece: "Art. 99. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça: I - eleger seus órgãos diretivos *dentre os integrantes do órgão especial*, vedada a reeleição" (grifos nossos).

Trata-se de norma segundo a qual apenas os membros do Órgão Especial podem concorrer às eleições para os órgãos diretivos. A Constituição Estadual, desta feita, instituiu constrição originária — porque distinta do disposto no Estatuto da Magistratura — no que diz respeito às condições para elegibilidade aos órgãos de cúpula: sai a regra simples da antiguidade e entra a limitante do pertencimento ao Órgão Especial. Essa restrição foi replicada pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná.[2] Veja-se:

[2] Resolução nº 01, de 05 de julho de 2010 (Publicado no *e-DJ*-430, 15 jul. 2010), alterado pela Resolução nº 8/2012.

> Art. 82. O Órgão Especial será composto do Presidente do Tribunal de Justiça, do 1º Vice-Presidente e do Corregedor-Geral da Justiça, que nele exercerão iguais funções, e de mais vinte e dois Desembargadores. [...] §8º *Os eleitos nessa ocasião* [desembargadores eleitos para comporem o Órgão Especial], *juntamente com os integrantes da metade mais antiga, é que poderão se inscrever como candidatos às eleições subsequentes para os cargos de Presidente, 1º Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça*, cujos mandatos iniciar-se-ão no primeiro dia útil do mês de fevereiro seguinte. (grifos nossos)

Complementando o especificado na Constituição Estadual, o Regimento Interno acresce que *poderão concorrer aos cargos de cúpula os membros eleitos (desembargadores do Tribunal Pleno e representantes do Ministério Público ou advogados integrantes do quinto) que passarão a integrar o Órgão Especial, bem como a metade mais antiga de desembargadores que já compõem esse órgão (já que 13 vagas do Órgão Especial não são preenchidas por votação, mas por antiguidade, conforme dispõe o art. 82 do Regimento Interno em específico parágrafo)*. Constitui, portanto, requisito de elegibilidade a condição de membro do Órgão Especial.

Manifestam-se aqui dois vícios: um de ordem formal, outro, material. Primeiro, ao dispor sobre as eleições no âmbito dos Tribunais de Justiça, a Assembleia Legislativa do Paraná, mesmo no exercício do Poder Constituinte decorrente, invadiu matéria reservada à lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Usurpou, por isso, a um tempo, a iniciativa do Supremo Tribunal Federal e a competência do Congresso Nacional na disciplina da matéria. A regra da Constituição Estadual é, por consequência, inconstitucional. Disciplinar as eleições para cargos diretivos dos Tribunais substancia atribuição específica do Estatuto da Magistratura, de âmbito nacional, nos termos do artigo 93, *caput*, da CF/88. O Regimento Interno, por seu turno, quando seguiu a linha inaugurada pela Constituição, replicou a inconstitucionalidade.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento segundo o qual a LOMAN é a lei parâmetro a determinar as demais normativas de âmbito estadual no que diz respeito à matéria. É o que se depreende dos seguintes julgados da Suprema Corte:

> A prerrogativa de elaborar o Estatuto da Magistratura, cometida ao STF pelo constituinte originário (art. 93, *caput*, CF/1988), tem função constritiva da liberdade nomogenética dos tribunais. Há reserva constitucional para o domínio de lei complementar no que concerne ao processo eleitoral nos tribunais, estando a caracterização dos loci diretivos, para fins de elegibilidade, adstrita aos três cargos, dispostos em *numerus clausus*, no art. 99 da LOMAN. *Não se encarta no poder nomogenético dos tribunais dispor além do que prescrito no art. 102 da LOMAN, no que se conecta aos requisitos de elegibilidade*. A repartição de funções, nomes jurídicos ou atribuições, nos regimentos internos dos tribunais, não pode ser excogitado como critério diferenciador razoável e susceptível de quebra da isonomia entre os postulantes de cargo diretivo (MS nº 28.447, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 25.08.2011, Plenário, DJE de 23.11.2011). Impugnação de ato do TRF 3ª Região concernente à eleição para o cargo de presidente daquele Tribunal. Discussão a propósito da possibilidade de desembargador que anteriormente ocupou cargo diretivo por dois biênios no TRF 3ª Região ser eleito presidente. Afronta à decisão proferida na ADI nº 3.566 — *recepção e vigência do art. 102 da LC nº 35* (Loman). [...] Situação de inelegibilidade decorrente da vedação do art. 102, da Loman, segunda parte. A incidência do preceito da Loman resulta frustrada. A fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Mais grave se é à Constituição, frustração da Constituição. Consubstanciada a autêntica *fraus legis*. A fraude é consumada mediante renúncia, de modo a ilidir-se a incidência do preceito. A renovação dos quadros administrativos de tribunais, mediante a inelegibilidade decorrente do exercício, por quatro

anos, de cargo de direção, há de ser acatada. À hipótese aplica-se a proibição prevista na segunda parte do art. 102, da Loman. *O art. 102 da Loman traça o universo de magistrados elegíveis para esses cargos, fixando condição de elegibilidade (critério de antiguidade) e causa de inelegibilidade* (quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de presidente) (Rcl nº 8.025, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09.12.2009, Plenário, DJE de 06.08.2010). *Vide*: ADI nº 3.566, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15.02.2007, Plenário, DJ de 15.06.2007. Parágrafos 2º e 3º do art. 100 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Eleição dos membros aspirantes aos cargos de direção da Corte Estadual de Justiça [...]. Plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao art. 93 da CF [...]. Esta Suprema Corte tem admitido o controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais, desde que presente, de forma inequívoca, o caráter normativo e autônomo do ato impugnado [...]. *O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao adotar, em seu regimento interno, um critério próprio de especificação do número de membros aptos a concorrerem aos seus cargos de direção, destoou do modelo previsto no art. 102 da legislação nacional vigente, a LC nº 35/1979 (Loman)*. O Plenário do STF já fixou entendimento no sentido de que o regramento relativo à escolha dos ocupantes dos cargos diretivos dos tribunais brasileiros, por tratar de tema eminentemente institucional, situa-se como matéria própria de Estatuto da Magistratura, dependendo, portanto, para uma nova regulamentação, da edição de lei complementar federal, nos termos do que dispõe o art. 93 da CF (ADI nº 4.108-MC-REF, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 02.02.2009, Plenário, DJE de 06.03.2009). Magistratura. Tribunal. Membros dos órgãos diretivos. Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral. *Eleição. Universo dos magistrados elegíveis. Previsão regimental de elegibilidade de todos os integrantes do Órgão Especial. Inadmissibilidade. Temática institucional. Matéria de competência legislativa reservada à Loman e ao Estatuto da Magistratura. Ofensa ao art. 93, caput, da CF. Inteligência do art. 96, I, "a", da CF. Recepção e vigência do art. 102 da LC federal nº 35, de 14.03.1979 – Loman*. Ação direta de inconstitucionalidade julgada, por unanimidade, prejudicada quanto ao §1º, e, improcedente quanto ao *caput*, ambos do art. 4º da Lei nº 7.727/1989. Ação julgada procedente, contra o voto do relator sorteado, quanto aos arts. 3º, *caput*, e 11, I, "a", do Regimento Interno do TRF 3ª Região. São inconstitucionais as normas de regimento interno de tribunal que disponham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção (ADI nº 3.566, Rel. p/ o Ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15.02.2007, Plenário, DJ de 15.06.2007). No mesmo sentido: ADI nº 3.976-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14.11.2007, Plenário, DJE de 15.02.2008; Rcl 5.158-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28.06.2007, Plenário, DJ de 24.08.2007; ADI nº 1.152-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10.11.1994, Plenário, DJ de 03.02.1997; ADI nº 841-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 21.09.1994, Plenário, DJ de 21.10.1994. Vide: Rcl nº 8.025, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09.12.2009, Plenário, DJE de 06.08.2010. Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, *o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da LC nº 35/1979, que foi recebida pela Constituição* (ADI nº 1.985, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03.03.2005, Plenário, DJ de 13.05.2005). No mesmo sentido: ADI nº 2.580, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26.09.2002, Plenário, DJ de 21.02.2003; AO nº 185, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17.06.2002, Plenário, DJ de 02.08.2002. (grifos nossos)

Resta claro que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná está a destoar do modelo previsto no art. 102 da legislação nacional vigente. Mais ainda fez a Constituição Estadual, ofendendo o art. 93, *caput*, da CF/88, ultrapassando os limites do Poder Constituinte decorrente, configurando nítida inconstitucionalidade. Não é legítima, portanto, a regra segundo a qual apenas os membros do Órgão Especial podem concorrer aos cargos de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral de Justiça. O

dispositivo, embora inconstitucional, era, entretanto, até recentemente, inofensivo. Isso porque o Órgão Especial, até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, incorporada à Lei Fundamental paranaense pela Emenda Constitucional Estadual nº 16/2005, era integrado efetivamente pelos desembargadores mais antigos. Daí porque, embora inconstitucional, do ponto de vista formal, a normativa da Constituição Estadual, do ponto de vista substantivo, permitia a satisfação relativa da exigência plasmada na LOMAN (eleição dos mais antigos, inocorrendo recusa, ainda que tácita, nos termos do recente entendimento do Conselho Nacional de Justiça).

A situação muda, entretanto, com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Com efeito, a Emenda que tratou da reforma do Judiciário alterou o modo de composição dos Órgãos Especiais dos Tribunais integrados por mais de vinte e cinco julgadores. Agora, nos termos do art. 93, XI, da Lei Fundamental da República, as vagas do Órgão Especial serão providas metade "por antiguidade e a outra metade por eleição do tribunal pleno". Diante do quadro, desembargadores mais novos, apenas porque eleitos para o Órgão Especial, podem concorrer aos órgãos diretivos, enquanto desembargadores mais antigos, apenas porque não membros do referido colégio, ficam impedidos de concorrer. Há, aqui, inaceitável supressão da capacidade eleitoral passiva dos desembargadores mais antigos não integrantes do Órgão Especial. Há mesmo, em função do novo regime de composição do Órgão Especial, quebra da linha de precedência derivada da antiguidade nos termos do que especifica a LOMAN. A previsão da Constituição Estadual, portanto, sempre inconstitucional, embora antes inofensiva, passa agora a colidir frontalmente com o regime eleitoral contemplado na lei federal referida. O Constituinte reformador estadual, no momento em que introduziu, no âmbito constitucional estadual, o especificado na Emenda Constitucional nº 45/2004, poderia já ter corrigido o problema. Não o fez. Pode, porém, a qualquer tempo, quando devidamente provocado, votando nova Emenda Constitucional, corrigir o problema.

4.3 Inaplicação das disposições inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Paraná

O monopólio da capacidade eleitoral passiva pelos desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, conferido por normativa constitucional estadual e replicado pelo Regimento Interno, é inconstitucional. A inconstitucionalidade, aliás, fica mais flagrante após o advento da reforma do Judiciário que mudou a forma de composição do Órgão Especial. Ora, a inconstitucionalidade pode e deve ser afastada. O ideal seria a provocação da Assembleia Legislativa, para que, exercendo o poder de reforma constitucional, fizesse aprovar emenda supressiva da exigência descabida. Não seria demais pensar também na provocação da jurisdição constitucional para se manifestar sobre o assunto, cabendo, no caso, o controle abstrato de constitucionalidade exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, não sendo impensável, porém, a manifestação da jurisdição constitucional em sede de controle incidental, sempre na hipótese de provocação por meio processual adequado, exercida, no caso, pela Justiça Estadual. Há, igualmente, outros caminhos. Penso, por exemplo, na provocação do Conselho Nacional de Justiça para, no exercício de sua competência constitucional (que nunca é jurisdicional, convém sempre lembrar!), dispor sobre a questão. Mesmo o Tribunal de Justiça, administrativamente, não está impedido de cuidar do assunto.

A atividade judiciária, todos sabem, envolve diversos tipos de atos que conformam o serviço judiciário *lato sensu*. Esses atos podem ser *jurisdicionais*, como as sentenças e

decisões interlocutórias; *administrativos*, como as nomeações e contratações; *normativos*, como os regimentos internos, as resoluções do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e as instruções da Justiça Eleitoral; e *consultivos* (aqueles manifestados no âmbito da Justiça Eleitoral ou mesmo do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo). Fala-se, portanto, em atividade judicial como gênero compreensivo de atos decorrentes do exercício de função jurisdicional, administrativa e normativa.[3]

Os princípios conformadores do regime constitucional da atividade judiciária[4] regulam, nesse sentido, o plexo de funções e atos que o Poder Judiciário desempenha.

É com fundamento nesse quadro constitucional que se pode afirmar que os Tribunais, no exercício de atividade administrativa, podem, assim como o Poder Executivo, sempre prudente e motivadamente, deixar de aplicar leis manifestamente inconstitucionais. Nesse caso, o que vale para o Poder Executivo também vale para o Poder Judiciário. Ora, os órgãos do Poder Judiciário, e não poderia ser diferente, também no exercício da função administrativa, estão vinculados ao princípio da constitucionalidade.

A doutrina majoritária dispõe que a Administração Pública e os órgãos exercentes de atividade administrativa podem, em situações precisas e justificadas, desaplicar uma lei inconstitucional,[5] por exigência do *princípio da juridicidade*.[6] Reclama-se, portanto, o respeito não apenas à lei em sentido estrito, como no caso de uma interpretação restritiva do princípio da legalidade, mas ao ordenamento jurídico como um todo, em cujo vértice reside, soberana, a Constituição. Por essas razões, uma lei inconstitucional é uma lei nula, e seu cumprimento não é reclamado pelo princípio da juridicidade. Ao contrário, o princípio requer justamente o afastamento da lei, já que "aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição".[7] Aliás, o que ora é dito não constitui novidade alguma no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná que, em decisões colegiais de natureza administrativa, já deixou de aplicar lei apontada como inconstitucional por mais de uma vez.

---

3 Verificar o capítulo intitulado "Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais" do presente livro.

4 O regime constitucional conferido ao Poder Judiciário estabelece, para o exercício de sua atividade, autonomia institucional, autonomia administrativa e financeira. Essas garantias são estruturadas com o intuito de permitir a independência necessária desse órgão para a execução de suas funções — como a de eleger seus dirigentes. Nesse sentido, verificar: MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 963-1037 e SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 553-593.

5 BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 70-71. No mesmo sentido ver Alexandre de Moraes: "O Poder Executivo, assim como os demais poderes do Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário. Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais. Contudo, essa presunção pode ser relativa, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade difuso, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional, uma vez que, assim como os demais Poderes do Estado, também está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito, as normas Constitucionais. Percebe-se que os doutrinadores que defendem a possibilidade de a Administração declarar a inconstitucionalidade de uma lei têm o propósito de preservar a supremacia constitucional e dar máxima efetividade ao devido processo legal administrativo, à ampla defesa e ao contraditório, pouco importando se faz parte do executivo" (*Direito constitucional*, p. 601). Para Pontes de Miranda: "Quando o órgão tem de agir, dependendo a sua ação implícita solução à questão prévia de inconstitucionalidade, ou da legalidade, pode ele abster-se, e dizer por que se abstém" (*Comentários à Constituição de 1967*, p. 267). Ver também: CLÈVE. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*.

6 BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 137 *et seq*.

7 BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 71.

Não se trata, no caso, da declaração de inconstitucionalidade de que cuida a Constituição Federal no art. 97.

Na situação em tela, há duas soluções para o enfrentamento do problema. A primeira delas identifica-se com a alteração do Regimento Interno do Tribunal, mesmo inocorrente mudança constitucional determinada pela Assembleia Legislativa, particularmente para suprimir o contido em parágrafo do art. 82, único momento em que a normativa regimental faz menção à exigência também plasmada na Constituição do Paraná. Nesse caso, porque a Carta Paranaense encontra-se em descompasso com a Lei Fundamental da República e a LOMAN, o Regimento Interno é alterado em virtude da aprovação, pelo Tribunal Pleno, de nova Resolução cuidando do tema, com o afastamento, para o exercício da capacidade eleitoral passiva, da qualidade de membro do Órgão Especial, sustentando-se a validade da nova Resolução nas últimas (Constituição Federal e LOMAN) em detrimento da primeira (Constituição Estadual). Não há nada de extraordinário naquilo que se propõe. A normativa superior haverá sempre de prevalecer sobre a inferior. O dispositivo constitucional estadual, com isso, permanece na ordem jurídica (plano da vigência), porém, porque despido de legitimidade (plano da validez), sem produzir efeitos (plano da eficácia). Tratar-se-á, então, de norma vigente, mas inválida e, por isso, também ineficaz.

A segunda solução não fica muito distante da anterior. Trata-se, antes, de propor que o Tribunal Pleno, por meio de decisão colegial, de caráter não jurisdicional, afaste, para os processos eleitorais futuros, o inconstitucional requisito do pertencimento dos virtuais candidatos ao Órgão Especial, de modo que, sempre rendendo homenagem ao critério legal da antiguidade no Tribunal, qualquer integrante deste e, portanto, do Pleno possa exercer a sua capacidade eleitoral passiva. Afastada a incidência do especificado na apontada disposição constitucional estadual, por decorrência resta também inaplicável a norma regimental dela derivada.

Nas duas situações, incumbe ao Tribunal Pleno decidir, e não ao Órgão Especial. No primeiro caso, porque é da competência do Pleno dispor sobre normas regimentais, sendo certo que a Resolução que delas haverá de cuidar deve necessariamente por esse órgão ser aprovada. É o Pleno, afinal, que aprova o Regimento Interno. No segundo caso, porque, além de administrativa, a matéria envolve também a garantia de autogoverno do Judiciário e, por isso, o processo eleitoral. Em decorrência do princípio republicano, nos termos da lei, entende-se que os eleitores são soberanos. Por outro lado, o Órgão Especial desempenha, assim prescreve a Constituição Federal, competência em razão de delegação do Pleno. Logo, não é crível que possa o órgão delegado cuidar de assunto de supina importância para o órgão delegante, usurpando mesmo a competência de governo do Tribunal, aquela que mais diz com a razão de ser do próprio Pleno.

4.4 Conclusão

A conclusão, diante do exposto, aponta no sentido da inconstitucionalidade do artigo 99, I da Constituição Estadual do Paraná e, por consequência, do artigo 82, §8º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Mais do que isso, considerando que os Desembargadores não integrantes do Órgão Especial, mesmo quando mais antigos, estão impedidos de postularem candidatura aos cargos diretivos, entende-se que, assim desejando, e uma vez legitimamente provocado, pode o Tribunal de Justiça decidir, motivadamente, pelo afastamento da incidência das disposições viciadas, em particular da normativa constitucional estadual, ou mesmo pela mudança da regra regimental em

idêntico sentido, ainda que inocorrente prévia supressão por Emenda Constitucional Estadual da viciada condição. Em ambos os casos, incumbe ao Pleno do Tribunal e não ao Órgão Especial, que exerce competência delegada daquele, dispor sobre a matéria.[8]

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

[8] O presente artigo serviu de inspiração para a modificação constitucional procedida na Constituição Estadual do Paraná. Em março de 2013 foi aprovada a Proposta de Emenda à Constituição Estadual do Paraná nº 02 de 2012, que promoveu a alteração do art. 99, I. Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 32/2013, os 120 desembargadores do TJ passam a ter condições de participar do pleito, até então restrito aos 25 desembargadores que compunham o Órgão Especial da Corte. A redação do art. 99, I passou a ser a seguinte: "eleger seus órgãos diretivos na forma da lei complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura".

A CONSTITUIÇÃO E OS REQUISITOS PARA A INVESTIDURA DO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ESTADOS[1]

5.1 Introdução

O especial cuidado dedicado ao Ministério Público na Constituição Federal trouxe renovada configuração ao processo de escolha do chefe da instituição. Cumpre, neste texto, considerar o processo bifásico ora vigente para a eleição e nomeação do Procurador-Geral de Justiça e as críticas que sobre ele se colocam, especialmente em face da inevitável participação do Chefe do Executivo no modelo de investidura adotado pelo Constituinte.

5.2 Procedimento de escolha do chefe do Ministério Público

A Constituição Federal disciplina, a partir do artigo 127, o procedimento de nomeação do Procurador-Geral para o Ministério Público conforme se trate do âmbito da União ou dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Tratando da nomeação do Procurador-Geral de Justiça, dispõe o artigo 128:

> §3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre os integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Da normativa constitucional decorre a necessária elaboração de lista composta por nomes de três integrantes do Ministério Público a ser encaminhada ao Governador do Estado para que este escolha, *nos limites da lista elaborada pela instituição*, aquele a ser nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

---

[1] Este texto, escrito com a Advogada Alessandra Ferreira Martins (*in memoriam*), foi publicado na *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 55-71, jan./mar. 2005).

O procedimento de elaboração da lista tríplice é, ademais, matéria disciplinada pela Lei nº 8.625/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Nesta, observa-se que deverá ser realizada eleição com voto plurinominal de todos os integrantes da carreira, donde, os três mais votados comporão a lista.[2] Manifesta-se, portanto, um procedimento interno no âmbito do qual a própria instituição escolhe aqueles integrantes da carreira que haverão de disputar a preferência do Chefe do Executivo para o exercício da chefia.

Após a formação da lista tríplice, segue-se um segundo momento em que o Governador elege um nome, sendo sua liberdade de escolha circunscrita ao universo delimitado pelos três nomes residentes na lista encaminhada pelo Ministério Público. Há aí, portanto, um processo bifásico para a nomeação do Procurador-Geral de Justiça, no qual o exercício da competência do Chefe do Executivo é precedido de processo eleitoral manifestado no seio da própria instituição ministerial.[3]

Tem-se, diante da Constituição, que:

> [...] a forma de investidura dos Procuradores-Gerais (da União) ou de Justiça (nos Estados) representou significativo avanço. Antes da Constituição de 1988, os respectivos Procuradores-Gerais (do MPU ou dos MPEs) constituíam cargos de provimento em comissão, razão pela qual podiam os Chefes do Poder Executivo (Federal ou Estaduais) livremente nomeá-los e demiti-los. A nova Constituição alterou radicalmente a sistemática. Por isso que, agora, o Procurador-Geral da República (Chefe do Ministério Público da União) é nomeado, dentre os integrantes da carreira, pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela expressiva manifestação da maioria absoluta do Senado Federal (art. 128, parágrafo 1º, da CF). A nomeação implica o exercício de um mandato (*rectius*: exercício de cargo a prazo certo) de dois anos. Quanto aos Procuradores-Gerais de Justiça (Chefes dos Ministérios Públicos locais), estes serão nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, dentre os integrantes de listas tríplices formadas pelos próprios Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, e composta unicamente por integrantes da carreira.[4]

Não se discute o fato de constituir uma conquista o procedimento para a escolha daqueles que exercerão os cargos de chefia do Ministério Público previsto na atual Constituição. A previsão anterior redundava na angustiante subordinação da instituição ministerial aos direcionamentos de um Poder Executivo autoritário. A dissonância com os anseios democráticos que rondavam a Constituinte tornou indispensável uma nova estruturação do *Parquet*, que veio a ser formulada a partir de várias contribuições oferecidas pela comunidade jurídica.

---

[2] "Art. 9º Os Ministérios Públicos dos Estados formarão lista tríplice, dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento. §1º A eleição da lista far-se-á mediante voto plurinominal de todos os integrantes da carreira."

[3] No Estado do Paraná, por exemplo, o procedimento de elaboração da lista tríplice obedece ao disposto na Lei Complementar nº 85/1999, que, regulamentando normativa constitucional (art. 116 da Constituição Estadual), estabeleceu a Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Paraná: "Art. 15. Serão incluídos na lista tríplice, em ordem decrescente, os três candidatos mais votados. Em caso de empate será incluído, sucessivamente, o candidato mais antigo na carreira, o de maior tempo de serviço público prestado ao Estado do Paraná e o mais idoso. Art. 16. O Procurador-Geral de Justiça encaminhará a lista tríplice, até o dia útil seguinte ao que a receber, ao Governador do Estado, que em quinze dias exercerá o seu direito de escolha sobre qualquer dos nomes dela constantes."

[4] CLÈVE. *Temas de direito constitucional e de Teoria do Direito*, p. 108.

Vale mencionar a realização do Congresso Pontes de Miranda, em 1981, para formulação da "Proposta de Constituição Democrática para o Brasil".[5] Já aí aparecia a participação da instituição ministerial na escolha de sua chefia, conforme dispunha o artigo 234.1 da proposta:

> A chefia do Ministério Público será exercida pelo Procurador-Geral da Justiça, nomeado pelo Presidente e pelos Governadores dos Estados, entre os 3 membros mais votados em eleição de toda a classe, à qual só concorrerão aqueles com mais de 10 anos de carreira.[6]

Curiosamente, na mesma época em que se multiplicavam as críticas à forma de investidura e demissão dos Procuradores-Gerais, manteve-se, em proposta advinda de um Congresso de "iniciativa pública e pioneira da sociedade civil pela modificação institucional do Ministério Público na futura reconstitucionalização do país",[7] a nomeação, embora limitada pela prévia manifestação dos membros da instituição ministerial, pelo Chefe do Poder Executivo. Isso revela que as críticas se direcionavam mais à precariedade do cargo, ligada à discricionariedade do governante ocasional, do que, propriamente, a uma participação de outro órgão constitucional no processo de investidura.

É nítida a diretiva constitucional no sentido de exigir estreita colaboração entre os Procurador-Geral para a composição dos cargos de chefia de determinadas instituições, entre elas, o Ministério Público. Neste caso, participa o Poder Legislativo com a produção das regras disciplinadoras do processo seletivo, a instituição ministerial com a eleição de três membros da carreira igualmente aptos a exercer a chefia, e o Poder Executivo através da decisão voltada à escolha de um entre os candidatos para a devida nomeação. Em alguns casos, a participação do Poder Legislativo no processo emerge com maior destaque. É o caso das Constituições Estaduais que subordinam a nomeação à aprovação da Assembleia Legislativa, nos moldes do modelo adotado no plano federal. Em que pese tal procedimento, em princípio, não desafiar maiores críticas, vem o STF entendendo ser inconstitucional o agravamento do sistema bifásico previsto na norma originária[8] por inobservância da normativa paramétrica federal.

A configuração vigente do procedimento analisado, seja com a participação direta do Ministério Público, do Executivo e do Legislativo, seja contando somente com os dois primeiros, constitui, por certo, manifestação do sistema de freios e contrapesos decorrente da experiência brasileira do princípio da separação dos Procurador-Geral. Neste sentido, ensina Hugo Nigro Mazzilli:

---

5 Cf. LOPES. *Democracia e cidadania*: o novo Ministério Público brasileiro, p. 85-88.

6 BRASIL. *Anteprojeto*: proposta de uma Constituição Democrática para o Brasil, p. 57.

7 LOPES. *Democracia e cidadania*: o novo Ministério Público brasileiro, p. 87.

8 Cf. ADInMC nº 2.319/PR: Por aparente ofensa ao art. 128, §3º, da CF ("Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução"), o Tribunal, julgando medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido Social Liberal – PSL, deferiu a suspensão cautelar de eficácia de expressão contida na Constituição do Estado do Paraná e de dispositivos da Lei Complementar nº 85/99, do mesmo Estado, que condicionam a nomeação do Procurador-Geral de Justiça do Estado à prévia aprovação de seu nome pelo Poder Legislativo estadual (expressão "após a aprovação da Assembleia Legislativa", constante do *caput* do art. 166 da Constituição do Estado do Paraná; o §1º do art. 10, os §§2º e 3º do art. 16 e, ainda, no mesmo artigo, a expressão "submetendo-o à aprovação pela Assembleia Legislativa", todos da Lei Complementar Estadual nº 85/99). Precedentes citados: ADInMC nº 1.228/AP (*DJU*, 02 jun. 1995); ADInMC nº 1.506/SE (*DJU*, 21 nov. 1996); ADInMC nº 2.319/PR, Rel. Min. Moreira Alves (1º.08.2001) e ADI nº 2.319 (*Informativo STF*, 235).

> [...] como sua investidura [do Procurador-Geral de Justiça] supõe um ato composto, o procedimento administrativo não dispensa o concurso de vontades, muito útil num sistema de freios e contrapesos, o que configura mecanismo muito mais seguro para a coletividade.[9]

5.3 Sistema de freios e contrapesos

O conteúdo do princípio da separação de Procurador-Geral manifesta-se a partir de um dinâmico processo de interpretação indissociável do momento histórico que desafia sua concretização. Assim, na atual configuração, não só comporta, mas também demanda certas interferências consideradas legítimas e necessárias.

Pode-se afirmar, com Carlos Roberto Siqueira Castro, que:

> [...] a despeito da leitura histórica original que radicalizava a tese *separatista*, que a convivência política e institucional entre os três Procurador-Geral terminou por acatar as práticas mais diversas de mútua colaboração e, especialmente, de *recíproco controle* entre os órgãos e agentes estatais, isso como exigência incontornável do regime democrático, que, de ordinário, não tolera o absolutismo ou a incontrastabilidade do exercício da autoridade. Nessa ordem de idéias, o *sistema de freios e contrapesos* ou de *controles recíprocos*, consoante cunhado pelo constitucionalismo norte-americano na Convenção de Filadélfia em 1787, traduz a pioneira adoção da fórmula de Montesquieu na primeira Constituição formal da era moderna, mas tornando-a permeável, sob o influxo do discurso de inspiração democrática contra o abuso de autoridade, a multiformes mecanismos de controles interórganos, pelos quais cada um dos Procurador-Geral do Estado desempenha variados tipos de papel de fiscalizador em face do exercício das competências exercitáveis por parte dos demais Procurador-Geral associados. A traduzir essa nova percepção *colaboracionista* e de *interação* entre os três Procurador-Geral, a Constituição brasileira de 1988 não mais consente a *ortodoxia separatista*, a ponto de haver suprimido a tradicional vedação de indelegabilidade das funções próprias de cada Departamento especializado da soberania, cingindo-se a estatuir, no art. 2º, que "são Procurador-Geral da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Ninguém discutirá que a separação de Procurador-Geral segue sendo, entre nós, um importante princípio de nossa organização política, eis que incluída no §4º do art. 60 da Constituição entre as matérias, importando tendência voltada à abolição, insuscetíveis de deliberação por emenda constitucional, designadas de *cláusulas pétreas*.[10]

Não é o caso, aqui, de aprofundar a ideia segundo a qual, na realidade, não se trata de separação de "Procurador-Geral", mas de "funções" do Estado, muito menos a questão de ser ou não o Ministério Público integrante de um dos Procurador-Geral ou um outro poder distinto. Desde que se entenda ser possível a aplicação do sistema de freios e contrapesos a qualquer das atividades estatais manifestadas por órgãos constitucionais, sejam elas típicas ou não de um poder, qualquer posicionamento que se adote neste particular permitirá, ainda que por analogia, aplicá-lo na investigação do presente tema. Aceite-se, além do mais, que, se o Ministério Público não constitui poder, ele se manifesta, também, como órgão dotado de *status* constitucional, condição singular que o autoriza a participar, com os Procurador-Geral e demais órgãos constitucionais, da dinâmica dos freios e contrapesos delineada na Constituição da República.

---

[9] *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 239.

[10] CASTRO. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de Procurador-Geral do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 62.

A administração da máquina estatal se realiza com a consagração da independência entre os Procurador-Geral, mas também com a harmonia possível dentro de um sistema de controles recíprocos. Esta realidade requer renovadas medidas conducentes ao equilíbrio almejado, medidas essas nem sempre de fácil aceitação. Na doutrina já se afirmou:

> [...] o grande problema da prática dos regimes são as formas de efetivação da contenção dos Procurador-Geral estatais entre si, de maneira a conseguir o equilíbrio do Poder. A tendência, na realidade, é de sobrepujança, de liderança de um poder sobre os demais. E a própria aplicação dos freios e contrapesos importa na ingerência de um poder na atividade dos outros, gerando uma colaboração, que é realmente, contrária à sua separação. Por sinal, na prática, é impossível essa separação no sentido de que cada poder trabalhe desvinculado dos demais, posto que, se isso fosse possível, quebrar-se-ia a unidade estatal. São os Procurador-Geral do Estado, com efeito, um sistema de vasos comunicantes, e quanto mais houver essa comunicação e essa ajuda mútua, de forma compreensiva e harmônica, melhormente [*sic*] funcionará o mecanismo estatal, com conseqüências positivas na vida da Nação.[11]

Excluídas as "intromissões" (verdadeiras invasões a campos competenciais reservados), as interferências de um poder sobre outro, através de instrumentos constitucionalmente previstos, consagra forma de controle que serve para equilibrar a distribuição e exercício de funções. Afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz que:

> [...] quando essa intervenção se debruça sobre a formação de outro Poder (composição do Supremo Tribunal Federal, por exemplo) ou de órgãos que se situam fora do âmbito estrito da atuação da Administração Pública [...], configura-se ela como instrumento próprio de controle político ou ínsito do sistema de freios e contrapesos, propício a conduzir ao equilíbrio e à harmonia entre os Procurador-Geral que participam do ato.[12]

5.4 Forma de escolha da chefia do Ministério Público e independência funcional

Não há motivo para argumentar com o prejuízo para a autonomia do Ministério Público em virtude da participação de órgão do Executivo na escolha do chefe da instituição local, uma vez que tal participação depende de prévia seleção *interna corporis* entre os membros da carreira, não maculando a independência funcional[13] que lhe é garantida. É preciso ter claro que o exercício do poder-dever de nomeação do Procurador-Geral pelo Chefe do Executivo não tem o condão de, por si só, transmudar os rumos de toda a instituição ministerial para que de "defensora da ordem jurídica" passe a "defensora dos interesses do Governador". Ainda que o oposto fosse verossímil, recaindo sobre o responsável pela chefia da instituição total convergência com os interesses políticos imediatos, suas ações precisariam ultrapassar a inexistência de

---

[11] OMMATI. Dos freios e contrapesos entre os Procurador-Geral do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, p. 62.

[12] *Conflito entre Procurador-Geral*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo, p. 26.

[13] "Ser independente significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem dos órgãos superiores do próprio Ministério Público" (CINTRA *et al*. *Teoria geral do processo*, p. 213).

hierarquia (salvo sob a óptica administrativa) entre os membros do *parquet*, que exercem suas atribuições sempre de acordo com a consciência do justo que guardam, uma vez protegido o princípio da unidade.

> Deve ser tomada em consideração que as garantias funcionais reconhecidas aos membros do Ministério Público, pela Constituição e pela lei, o foram exatamente para que pudessem servir aos interesses da Lei e não aos dos governos ou governantes. Entretanto, é evidente que, no tocante a medidas administrativas, devem os membros da Instituição acatar as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, tais como a imposição de medidas disciplinares, a solução dos conflitos de atribuições e até mesmo as que optam pela revisão de uma promoção de arquivamento de inquérito, tanto civil como criminal, que, embora não se contenha na esfera administrativa da Instituição, é atribuição específica de sua Administração Superior. O que não se pode, contudo, admitir é a imposição a um membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, por órgão da Administração Superior ou qualquer outra autoridade estatal, de um comportamento em relação à determinada matéria cuja solução dependa de sua convicção.[14]

Reputa-se a independência funcional como sendo um dos maiores trunfos dos membros do Ministério Público para o exercício de suas funções com imunidade de pressões políticas, porém, pouco se fala das limitações a este postulado. De fato, tal conquista foi positivada de modo inquestionável pelo Constituinte de 1988 para compor o sistema constitucional e não para sustentar uma interpretação isolada, eventualmente corporativa. Nesse sentido, bem ensina Hugo Nigro Mazzilli que:

> Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria Constituição Federal, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investiduras; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.[15]

Lembre-se ainda o seguinte:

> [...] o Chefe do Executivo (e, portanto, todos os seus subordinados) não pode atentar contra o "livre exercício do Ministério Público", sob pena de incidir em crime de responsabilidade (art. 85, II). Tanto é assim que ele detém autonomia administrativa, autogoverno, e, portanto, não sujeito ao autogoverno do Executivo e à sua "direção superior" prevista no art. 84, II. Poder-se-ia dizer, neste passo, que a situação não é bem assim porque ao Chefe do Executivo cabe nomear o Procurador-Geral da República, na União, ou o Procurador-Geral de Justiça, nos Estados e no Distrito Federal. A objeção seria descabida, uma vez que a ele também cabe nomear os Ministros do Supremo Federal e dos Tribunais Superiores, sem que isso quebre a independência da função jurisdicional. Ademais, se a ele cabe nomear, com aprovação do Senado federal, o Procurador-Geral da República, por outro lado, não pode exonerá-lo livremente antes do término do mandato de dois anos previsto no art. 128, §1º,

[14] SAUWEN FILHO. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*, p. 212-213.

[15] Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, p. 572-573.

> uma vez que só poderá fazê-lo previamente autorizado pelo Senado Federal (art. 128, §3º), e nos Estados e Distrito Federal nem mesmo essa competência tem o Chefe do Executivo, pois o Procurador-Geral de Justiça só pode ser destituído, antes do término do mandato, "por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo" (art. 128, §4º). Como se vê, a nomeação do Procurador-Geral pelo Executivo, ao lado da autorização para a sua destituição ou a própria destituição pelo Legislativo, nada mais representa daquilo já existente entre as funções independentes do Legislativo, do Judiciário e do Executivo: a fórmula de "freios e contrapesos", de todos conhecida.[16]

A investidura do Procurador-Geral de Justiça advinda de ato composto, ainda que sujeita a críticas dos que entendem haver aí ingerência política, presta-se também para prevenir eventual cegueira institucional muitas vezes decorrente de um olhar corporativo sobre o mundo, situação em que a lógica política *interna corporis* da instituição (democracia interna) poderia desencadear práticas em desacordo com a democracia externa que deve prevalecer.[17] A democracia republicana não é a democracia das corporações, como se sabe. O cargo de Procurador-Geral de Justiça importa para toda a república, para toda a coletividade federada, e não apenas para aqueles que exercem a função ministerial.

Vale, neste ponto, transcrever o alerta de Ricardo Sampaio:

> [...] os membros do Ministério Público não podem prescindir da obediência aos princípios constitucionais, legais e morais, sob pena de estragarem a instituição com o corporativismo e o fisiologismo, tão condenáveis em outras instituições brasileiras. Os homens e mulheres de bem, que são a vasta maioria deste excepcional órgão em que se transformou o Ministério Público, e principalmente os que não incorporam quaisquer vantagens sem causa, têm o dever de atuar. Têm o dever de zelar pelo prestígio da instituição que não é sua, é do povo brasileiro.[18]

Não se pode ignorar que, enquanto seres humanos dotados de personalidade própria, pode haver (e certamente haverá), entre os eleitos pela instituição ministerial, aqueles que comungam de certos posicionamentos políticos (no melhor sentido da expressão) adotados por este ou aquele governo. Talvez fosse crível forçar os candidatos a Procurador-Geral a se despirem de toda carga valorativa pessoal antes da participação no pleito; porém, um ensaio deste naipe não representaria mais do que esforço inútil, à semelhança daquele necessário para justificar o compromisso impossível com o requisito da neutralidade axiológica para o exercício da jurisdição.

Entretanto,

> O Ministério Público, num contexto democrático social atual, não pode mais ser concebido como simples órgão de colaboração do governo, com a finalidade de coadjuvá-lo enquanto organização política — como ocorria nos Estados fundados na hipertrofia inspiradora dos

---

[16] BURLE FILHO. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, p. 246.

[17] Há aqueles, como Marcelo Pedroso Goulart, que sustentam a necessidade da "criação de mecanismos de controle da instituição pela sociedade civil, para que os seus membros, em especial aqueles que ocupam cargos nos órgãos de direção interna, não se percam no corporativismo e não desviem o Ministério Público dos objetivos institucionais determinados pela Constituição". Para Hugo Nigro Mazzilli, o risco de corporativismo configurar-se-ia "tão mais sério quando eventualmente advenha de *lege ferenda*, a possibilidade de a própria instituição escolher seu procurador-geral, sem a participação dos governantes" (*O acesso à justiça e o Ministério Público*, p. 46).

[18] O Ministério Público e a sujeição à lei e à moral. *Revista dos Tribunais*, p. 362.

> regimes fascistas da primeira metade do atual século —, ou mecanismo de defesa de seus interesses, mas se define cada vez mais como instrumento de tutela de direitos e interesses sociais e legítimas liberdades, para a realização dos ideais democráticos nos justos limites dos princípios consagrados nas modernas democracias sociais contemporâneas. A eficiência da instituição na realização desses valores e os benefícios prestados ao cidadão na busca da realização de seus ideais em sociedade, como membro do corpo cívico da nação, constituem-se não só a finalidade precípua da instituição, enquanto mecanismo de defesa da sociedade, como ainda a sua razão de ser e condição de permanência no universo de órgãos públicos. Ora, para atingir tais metas, uma instituição terá que dispor de quadros adequadamente preparados para o desempenho das funções que lhe forem confiadas.[19]

É pertinente transcrever importante manifestação de Hugo Nigro Mazzilli:

> O sistema atualmente em vigor para escolha de chefe do Ministério Público contempla uma forma de democracia indireta porque a legitimação decorre da eleição democrática do titular da escolha (escolha do Procurador-Geral pelo Chefe do Executivo); ao mesmo tempo, na esfera estadual, assegura-se a participação da classe (corporação) na elaboração da lista tríplice, enquanto, na esfera federal, assegura-se a participação de uma assembléia de origem eletiva, que tem o direito de veto à escolha do Procurador-Geral da República. Assim, no sistema vigente, o eventual corporativismo é mitigado pela interferência externa na escolha; e, reciprocamente, ao menos no tocante à investidura dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, as eventuais influências externas em sua escolha podem ser mitigadas pela classe, que tem o poder de formar livremente a lista tríplice que limita o rol entre os quais o governador pode escolher seu preferido.[20]

5.5 O papel do chefe do Executivo

Divergências ideológicas a parte, o Governador do Estado tem assegurada constitucionalmente a prerrogativa de escolher um entre três candidatos indicados pelos membros da instituição ministerial para o cargo de Procurador-Geral de Justiça. Eventual tentativa de compressão ou limitação da extensão do ato decisório pode implicar atentado a (ou expropriação de) competência constitucionalmente deferida.

O eventual mau uso da competência pelo Executivo constitui, é certo, um risco inerente ao dinâmico processo democrático por ser este construído por seres humanos falíveis, integrantes de uma sociedade plural, mas não é suficiente para servir de argumento para a inobservância da construção normativa residente na Constituição.

Assim como os membros da instituição ministerial podem, legitimamente, compor a lista tríplice, o Governador do Estado está autorizado a escolher um dentre eles, não necessariamente o mais votado. Compõe, este último, ato discricionário[21] juridicamente

---

[19] SAUWEN FILHO. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*, p. 230.

[20] *O acesso à justiça e o Ministério Público*, p. 161.

[21] "Poder discricionário não é arbítrio pessoal da autoridade. Jamais é possível, legalmente, arbítrio pessoal: haverá sempre uma vinculação legal do ato administrativo à competência do seu autor, assim como à qualificação do seu motivo, do seu objetivo e do fim de interesse público a que ele deva prover. Não é só a liberdade de agir, própria de todo titular, sujeito de um direito, ou poder: no Direito Administrativo, não existe a 'autonomia da vontade', peculiar do direito privado. Neste, as pessoas atuam em razão dos seus próprios interesses, desde que não sejam ilícitos. Enquanto isto, o poder da autoridade é um dever de decidir, nunca em seu proveito pessoal, mas sempre em razão de um motivo definido em lei e para o fim de interesse público, a que, ainda de acordo com essa lei, o efeito prático de sua ação deva corresponder" (PONDÉ. Controle dos atos da Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa*, p. 136).

legitimado que só se realiza à vista da manufatura da lista (com seu consequente encaminhamento), lista obrigatoriamente tríplice, reitere-se.

Em julgamento de embargos infringentes opostos contra acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.289/DF, em que se discutia a inclusão de membros do Ministério Público que não preencheram o requisito da antiguidade na lista sêxtupla para formação do quinto constitucional, foi a seguinte manifestação da Procuradoria-Geral da República:

> A Constituição exige, de fato, para a formação do quinto constitucional, a elaboração de lista sêxtupla com os membros do Ministério Público que possuam mais de dez anos de carreira. Porém, nada dispõe a Carta da República na hipótese de faltarem membros do Ministério Público que possuam aquele requisito temporal de dez anos de carreira para compor a necessária lista sêxtupla. Assim sendo, se não há vedação constitucional expressa, afigura-se legítima a complementação da lista sêxtupla com membros do Ministério Público que, embora tenham sido submetidos ao processo de escolha comum a todos os candidatos, não tenham completado, ainda, o período de dez anos a que se refere o art. 94 da Constituição da República. Ademais, como afirmado nos embargos, "a lista sêxtupla" visa a permitir a possibilidade de escolha pelo Poder Judiciário de três nomes entre os seis candidatos, bem assim, posteriormente, a escolha pelo Poder Executivo de um único nome entre aqueles constantes da lista tríplice elaborada pelo Poder Judiciário. Portanto, *a formação, pelo órgão de classe, de uma lista em número inferior a seis representaria cerceamento tanto no dever-poder atribuído ao Poder Judiciário de, dentre seis nomes, escolher três, como também no dever-poder do Poder Executivo de escolher apenas um*. Com efeito, veja-se que, na hipótese de haver apenas um candidato com mais de dez anos de carreira, teria ele verdadeiro direito subjetivo à sua nomeação, restando tolhida a necessária participação dos Procurador-Geral Judiciário e Executivo no processo de preenchimento do quinto constitucional, contrariando, dessa forma, a Constituição Federal. (grifos nossos)

A situação relatada guarda pertinência com o objeto do presente artigo, calhando a citação de importante parte do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes:

> Ademais, cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. *A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte*, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha. [...] Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional na espécie. Da mesma forma, *haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha*. (grifos nossos)[22]

[22] Infere-se posicionamento alinhado também no Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso em Mandado de Segurança nº 4.158/RS para promoção de magistrado por merecimento. É a ementa: "Lista tríplice. Correto o critério de inclusão de outros juízes para integração da primeira quinta parte da lista de antiguidade,

Ressalte-se que o Ministério Público é uma instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É evidente que a função de defesa do regime democrático haverá de exigir uma interpretação adequada das regras atinentes à escolha da chefia da instituição ministerial. Interpretação que implica a manifestação da ação necessária para a composição da lista. A autonomia da instituição, conferida pela Constituição, trouxe consigo o ônus da composição da lista tríplice. Qualquer desconforto interno quanto à participação do Poder Executivo no processo de escolha do Procurador-Geral deve, por isso mesmo, ser resolvido dentro do marco constitucional e sem expedientes voltados ao enfraquecimento da competência conferida ao Executivo. Está-se, aqui, a falar, portanto, em colaboração necessária entre órgãos constitucionais (Executivo e Ministério Público) para a nomeação do Chefe da instituição ministerial.

Nomeado pelo Governador do Estado, nem por isso o Procurador-Geral haverá de desenvolver comprometimento com a cosmovisão de quem o nomeou. Afinal,

> A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos, mas à ordem jurídica a que todos devem servir com elevação e independência: por isso têm o poder de impulso, do qual não se devem demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos Procurador-Geral, ainda que o Chefe do Poder Executivo, que nomeia os Chefes institucionais das procuraturas constitucionais.[23]

5.6 Defesa da Constituição e devida composição da lista tríplice

Neste ponto, não seria demais considerar algumas hipóteses dotadas de relevância prática. Entre elas, o caso de ser encaminhado ao Governador apenas o nome do mais votado entre os candidatos a Procurador-Geral de Justiça, e o caso de haver menos de três candidatos no processo eleitoral interno promovido pela instituição ministerial.

O encaminhamento de expediente abrigando apenas o nome do mais votado em eleição com ao menos três candidatos não parece guardar sintonia com o modelo de investidura do Chefe do Ministério Público adotado pelo Constituinte. Afinal, como antes referido, cabe ao Governador do Estado escolher um entre os três nomes encaminhados pelo Ministério Público Estadual, seja ele o mais votado, ou não. Este é o arranjo constitucional atualmente em vigor. Daí porque não está, por outro lado, o Governador (do ponto de vista jurídico) vinculado ao nome mais prestigiado, do ponto de vista do sucesso eleitoral, da lista tríplice. Pode constituir gesto de sabedoria política indicar o nome mais votado. Mas incumbe à instituição compor a lista tríplice, constituindo atribuição do Chefe do Executivo escolher, livremente, o novo Procurador-Geral de Justiça. Ficasse o Governador vinculado ao nome mais votado, e estaríamos em verdade desenhando outro modelo, no qual os eleitores da instituição escolhem o novo Chefe que o Governador, com poder decisório equivalente ao decorrente do exercício

---

em substituição aos que tenham recusado a vaga (CF, art. 93, II, 'b'), incorreta, porém, resulta a indicação por escolha de apenas um concorrente dentre aqueles supletivamente incluídos; isso, em condenável detrimento do remanescente da primitiva quinta parte, único plenamente habilitado a concorrer à lista tríplice injustificadamente olvidada" (*RSTJ*, n. 94, p. 293, jun. 1997).

[23] MOREIRA NETO. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, p. 95.

de função meramente protocolar, nomeia. Semelhante interpretação, do ponto de vista jurídico, não se concilia com as consequências do modelo presidencial adotado pela Constituição de 1988.

A segunda hipótese requer certa dose de cuidado. Se, numa situação extraordinária, dentre os inúmeros membros da carreira, somente dois concorrem à sua formação, manifesta-se impossibilidade fática de apresentação da lista tal como exigida pela normativa constitucional. Diante de um quadro assim, poder-se-ia adotar, a fim de se cumprir o ditame legal e enquanto medida extrema, uma lista dúplice a ser encaminhada ao Governador do Estado. Primeiro cumpre ressaltar ser indispensável a realização do processo eleitoral no seio da instituição ministerial, respeitando-se as diretivas legais para sua devida realização. Quanto a essa questão, não deve haver divergência, pois a eleição pelos membros da carreira tem sido a bandeira levantada, inclusive, por aqueles que discordam da participação de órgãos externos no procedimento de investidura do Procurador-Geral. Efetivando-se a eleição e daí resultando apenas dois nomes para a lista, a solução para essa situação incomum exigirá certa dose de cuidado.

Constitui dever indeclinável da instituição o desenvolvimento dos esforços indispensáveis para a satisfação da exigência constitucional, estimulando, inclusive, a pluralidade de postulações no processo eleitoral interno. É o que, em princípio, haverá de ocorrer. Até porque não é crível que, numa instituição composta, em geral, por centenas de membros, não se manifeste disputa para um cargo de singular importância. Certamente, salvo a hipótese de compressão das possibilidades de apresentação de candidaturas ou do ambiente favorável ao exercício da democracia interna, mais de três candidatos apresentar-se-iam. De qualquer forma, há que se considerar a outra hipótese. Neste caso, a diretiva constitucional de formação de lista tríplice esbarra na excepcionalidade da situação.

Ora, não havendo possibilidade fática de formação de lista tríplice, o encaminhamento de lista menor poderia atender, em determinada circunstância, a exigência constitucional por permitir que o Chefe do Executivo exerça minimamente seu poder decisório. Poder-se-ia, eventualmente, cogitar da complementação da lista com candidato alheio ao pleito promovido pela instituição. Tal medida seria descabida por ferir a prerrogativa de os membros do Ministério Público participarem da eleição do Procurador-Geral. Poder-se-ia, também, propor a prorrogação do tempo de investidura do Procurador-Geral em exercício, mas semelhante medida igualmente seria inaceitável por ferir norma constitucional definidora do tempo de exercício no cargo. Tais hipóteses agridem, com maior gravidade, à Constituição que a admissão, em circunstância absolutamente singular, de lista composta por dois nomes. Por exclusão, é de admitir-se, então, a excepcional possibilidade de apresentação de lista dúplice ao Governador como medida suscetível de ser tolerada. A *uma* por atender minimamente à finalidade da formação de uma lista tríplice; a *duas* por ter consequências menos danosas que outras medidas possíveis; a *três* por distribuir o ônus do não cumprimento integral do procedimento positivado entre aqueles diretamente relacionados a ele. A situação, entretanto, exigirá negociação entre os órgãos constitucionais. Mais do que isso, a apresentação de lista não satisfatória deve vir acompanhada das razões que a justificam. Razões suficientemente graves para autorizar a excepcionalidade da medida.

É preciso ter em mente que, ainda que a candidatura configure, desde um ponto de vista pessoal, direito do promotor ou procurador, trata-se, por outro lado, de manifestação democrática cara à instituição e, portanto, de um direito cujo exercício deve ser suficientemente fomentado. Daí porque, constituindo direito para o membro do *parquet*, substancia dever indeclinável para a instituição em função do arranjo constitucional.

Para melhor ilustrar a necessidade de adoção de medida incomum, mas razoável, diante da impossibilidade de cumprimento integral do programa normativo positivado, calha citar a célebre manifestação do Procurador-Geral Terlinden por ocasião do julgamento, na Corte de Cassação da Bélgica, de caso que envolvia o exercício solitário, pelo Rei, da função legislativa, contrariando diretiva constitucional, durante a ocupação alemã, por ocasião do último conflito mundial:

> Uma lei — constituição ou lei ordinária — nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade. Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.[24]

O sistema de freios e contrapesos, importa realçar, exige a apresentação de lista composta por três nomes. A relação entre os Procurador-Geral deve ser presidida pelo dever de colaboração, cooperação e boa-fé, que decorrem da ideia constitucional de harmonia entre os órgãos integrantes do sistema de freios e contrapesos. O não estimular a formação de lista tríplice ou o apresentar lista sem o número constitucionalmente exigido de nomes pode sugerir afronta não apenas à competência do Chefe do Executivo, como também ao princípio da separação de Procurador-Geral. Reitere-se, portanto, que a apresentação de lista insatisfatória somente pode ser aceita em situação de extremada singularidade, em hipótese de excepcionalidade absoluta, que deve ser justificada pelas circunstâncias e, mais do que isso, suficientemente motivada. Neste caso, como o direito não pode disciplinar o impossível nem exigir o que não se pode dar, os órgãos constitucionais haverão de chegar a uma solução particularizada. Fora daqui, entretanto, eventual lista insuficiente haverá de ser tida como eivada de vício, inválida mesmo, podendo até, no limite, ser devolvida ao Ministério Público pelo Governador para que esse a complete, inclusive, se for o caso, promovendo nova eleição.

Interesses tocados pela lógica interna da instituição, ainda que orientados pela boa intenção e voltados à defesa da "democracia corporativa", não podem contrariar interesses maiores, entre os quais o de concretização da Constituição, este sim, especialmente no caso brasileiro, alinhado com um histórico processo de democratização republicana. Vale lembrar que, após a alternância de regimes ditatoriais e incipientes movimentos democráticos, a Constituição brasileira de 1988 bem definiu em seu artigo 127, *caput*, o Ministério Público como instituição permanente à qual, entre outras relevantes atribuições, insere-se a defesa do regime democrático.[25] Não seria sábio, por isso, fechar a instituição em si mesma, distanciando-a dos jogos políticos existentes no inacabado projeto de democratização do país, já que eles servem de provação para a demonstração da verdadeira vocação que aos seus membros acomete.

---

[24] PERELMAN. *Lógica jurídica*, p. 106.

[25] "[...] o Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num, quanto noutro caso; porém, só será verdadeiramente independente num regime essencialmente democrático, porque não convém a governo totalitário algum que haja uma instituição, ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade total, a decisão de acusar governantes ou de não processar os inimigos destes últimos" (MAZZILLI. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*, p. 66).

5.7 Conclusão

Nos termos da Constituição em vigor e da legislação de regência da matéria, é obrigatório o encaminhamento, pelo Ministério Público Estadual, ao Governador do Estado, de lista contemplando três nomes apurados em eleição interna para a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

Consagrou-se um processo bifásico de escolha do Procurador-Geral de Justiça, em que há participação dos membros do Ministério Público elegendo seus candidatos que formarão lista tríplice a partir da qual se dará a participação do Chefe do Executivo, complementando o modelo integrante do sistema constitucional de freios e contrapesos.

Referências

BRASIL. *Anteprojeto*: proposta de uma Constituição Democrática para o Brasil. Porto Alegre: OAB/IARGS, 1981.

BURLE FILHO, José Emmanuel. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 103, p. 243-248, jul./set. 1989.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de Procurador-Geral do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 31, p. 57-73, abr./jun. 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al*. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de Teoria do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Procurador-Geral*: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania*: o novo Ministério Público brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 65-73, abr./jun. 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 715, p. 571-575, maio 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Procurador-Geral do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 14, n. 55, p. 55-82, jul./set. 1977.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 131-136, jul./set. 1998.

SAMPAIO, Ricardo. O Ministério Público e a sujeição à lei e à moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 720, p. 360-363, out. 1995.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PÁGINA EM BRANCO

CONSIDERAÇÕES SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO
REGIME CONSTITUCIONAL E PODER DE INVESTIGAÇÃO EM MATÉRIA CRIMINAL[1]

I – Regime Constitucional

6.1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo próprio dedicado às funções essenciais à justiça, ali incluindo quatro espécies de advocacia.[2] Referiu-se à (i) advocacia da sociedade (trata-se de verdadeira magistratura outorgada ao Ministério Público), à (ii) advocacia dos necessitados, conferindo o seu exercício à Defensoria Pública, à (iii) advocacia do Estado,[3] responsável pela representação judicial e extrajudicial, inclusive a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, exercida pela Advocacia-Geral da União, no âmbito federal,[4] e pelas Procuradorias dos Estados no âmbito das Coletividades Federadas, compreendido o Distrito Federal. Finalmente tratou (iv) da advocacia privada, tocada não apenas por profissionais liberais, mas também por advogados assalariados, ligados a determinadas empresas ou escritórios.

Apenas a primeira espécie de advocacia será discutida nesta oportunidade.[5]

---

[1] A primeira parte deste texto deriva de exposição apresentada no V Congresso Jurídico Brasil-Alemanha, realizado em Curitiba/PR, nos dias 22 e 23 de outubro de 1992 e foi publicada, originalmente, no *Boletim de Direito Administrativo* (São Paulo: NDJ, n. 1, 1993). Também houve publicação na *Revista dos Tribunais* (São Paulo, n. 692, p. 21-30). A segunda parte provém de parecer elaborado a pedido da Associação Nacional dos Procuradores da República e está publicado, com as devidas atualizações, no livro *Soluções práticas de direito* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 2).

[2] MOREIRA NETO. *Constituição e revisão*: temas de direito político e constitucional, p. 241. Cf. também MOREIRA NETO. O Ministério Público: deveres constitucionais da instituição face a situações de insegurança pré-crítica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 79-80.

[3] Advocacia que recebeu a denominação de "Advocacia Pública" pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

[4] Ressalvada a execução da dívida ativa de natureza tributária, em que a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do §3º, do art. 131 da CF.

[5] Sobre as funções do Ministério Público na Constituição de 1988, conferir, especialmente: FILOMENO. O Ministério Público como guardião da cidadania. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*; BURLE FILHO. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Justitia*; MAZZILLI. Notas sobre a sindicalização de membros do Ministério Público. *Justitia*; MAZZILLI. Questões atuais de Ministério Público. *Revista*

O Ministério Público recebeu, da nova Constituição, um regime particular.[6] Trata-se, na primeira parte do presente texto, de indicar as linhas mestras de sua disciplina constitucional, levando em conta alguns dispositivos da Lei nº 8.625/1993 que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispôs sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e a Lei Complementar nº 75/1993 que trata da organização, das atribuições e do estatuto do Ministério Público da União. A segunda parte do estudo cuida do poder de investigação da instituição ministerial em matéria criminal.

6.2 O Ministério Público no quadro da organização dos Poderes

Qual a posição institucional do Ministério Público? Tem-se verificado relativa dificuldade na definição da posição da instituição no quadro constitucional da organização dos poderes. A Constituição de 1824 nem mesmo fazia referência ao Ministério Público. No art. 48, fazia vaga menção ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional, ao qual incumbia proceder à acusação "no juízo dos crimes". A Constituição de 1891 se referia apenas ao Procurador-Geral da República, que seria um Ministro do Supremo Tribunal Federal indicado pelo Presidente da República. A Carta Constitucional de 1934 foi a primeira a tratar de modo mais consistente do Ministério Público, incluindo-o entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (arts. 95 a 98). A Constituição de 1946 devolveu a dignidade à instituição, após o desastrado tratamento concedido pela Carta de 1937. A Constituição de 1967 incluiu o Ministério Público no capítulo dedicado ao Poder Judiciário. A Emenda nº 01 de 1969 preferiu incluí-lo no capítulo do Poder Executivo. A Constituição de 1988 foi a que mais avançou no processo de institucionalização do Ministério Público.[7]

Discute-se a sua posição no quadro de poderes definido pela Constituição. Para alguns, o Ministério Público constitui verdadeiro quarto poder.[8] Para outros, ele continua vinculado à estrutura do Poder Executivo, embora com autonomia. Finalmente, última corrente sustenta que referida instituição constitui órgão dotado de autonomia, participante do sistema de freios e contrapesos estabelecido pelo Constituinte, sem integrar, entretanto, o território de nenhum dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

O último entendimento é o melhor. Com efeito, o Ministério Público participa do sistema de freios e contrapesos, dispondo, por isso, de autonomia, inclusive financeira, mas sem constituir quarto poder. É, antes, um órgão constitucional autônomo participante da arquitetônica constitucional da definição de poderes e contrapoderes.

---

dos Tribunais; MORAES. Garantias do Ministério Público em defesa da sociedade. *Justitia*; MACHADO. Apontamentos sobre o regime jurídico-constitucional do Ministério Público e da Advocacia Pública: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*; GARCIA. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico; VASCONCELOS. *Ministério Público na Constituição Federal*.

6 Cf. SAUWEN FILHO. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*; MAZZILLI. *O acesso à justiça e o Ministério Público*; LOPES. *O novo Ministério Público brasileiro*.

7 Cf. COELHO. O Ministério Público na organização constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, p. 167.

8 Cf. VALLADÃO. *Ministério Público*: quarto poder do Estado, e outros estudos jurídicos. Pertinente a crítica de Hugo Nigro Mazzilli sobre a tese: "[...] a divisão tripartite do Poder é antes política e pragmática que científica. Pouca ou nenhuma importância teria colocar o Ministério Público dentro de qualquer Poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto Poder, como propôs Alfredo Valladão, a fim de que, só por isso, se lhe pretendesse conferir independência. Esta não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público neste ou naquele título ou capítulo da Constituição, nem de denominá-lo Poder de Estado autônomo ou não; antes, primordialmente, dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e a seus membros. E, naturalmente, dos homens que a integrem" (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 139).

Os Tribunais de Contas dispõem de condição análoga. Embora dotados igualmente de independência e autonomia, integrando formalmente o capítulo do Poder Legislativo,[9] também referidas Cortes, pelo papel que assumem e pelas garantias institucionais e funcionais que lhe foram deferidas pelo Constituinte, participam da dinâmica dos freios e contrapesos arranjados na arquitetônica dos órgãos constitucionais, alguns deles apresentando-se com *status* de Poderes, outros atuando na condição de simples, embora imprescindíveis, órgãos constitucionais autônomos.

O fato de o Ministério Público ser tratado em capítulo separado da Constituição não é suficiente para justificar a elevação da instituição à categoria de quarto poder. Se assim fosse, a Advocacia-Geral da União e a Defensoria Pública deixariam de integrar o território do Poder Executivo, já que, como o Ministério Público, apresentam-se como funções essenciais à justiça, disciplinadas pelo Constituinte em lugar comum.[10]

Para evitar tais discussões, poderia o Constituinte, como sugere Hugo Nigro Mazzilli, ter colocado o Ministério Público "lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais ou, como já o fizera a Constituição de 1934, entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais".[11]

6.3 Os princípios institucionais do Ministério Público

Definiu o Constituinte, no art. 127, que "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Isto não significa que sem a presença do Ministério Público não há jurisdição. Evidente que há. O Ministério Público não atua em todas as questões submetidas à apreciação judicial. Atua apenas e, nesta hipótese, necessariamente, nas questões que envolvam interesse público.[12] Interesse público definido seja em face da natureza da lide, seja da natureza das partes ou de uma delas. Por outro lado, o Ministério Público não atua apenas onde se manifeste por ocasião da prestação jurisdicional. O *parquet* atua sem a presença do Estado-Juiz, quando, por exemplo, zela pelo exercício regular dos órgãos da Administração, instaura inquéritos civis, requisita diligências, apresenta recomendações ou promove a defesa de direitos por meios de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC).[13] Nestas hipóteses, como é natural, sua atuação prescinde da atividade jurisdicional.

---

[9] "Outrossim, a evidência de que o Tribunal de Contas remanesce, por tradição histórica, formalmente inserido no Poder Legislativo, como órgão auxiliar, não basta para caracterizar-lhe a natureza, funções, atos e atividades como congressionais, parlamentares ou legislativos, sob aspecto material. Ao contrário, a taxinomia orgânica do Tribunal de Contas no Poder Legislativo não afeta de modo algum a essência *materialmente administrativa* de sua natureza, funções, atos e atividades. Com efeito, o Tribunal de Contas aplica a lei de ofício, precisamente como o faz a Administração Pública. Aliás, no Brasil, Tribunal de Contas consiste em parcela especializada da Administração Pública, no aspecto substancial" (GUALAZZI. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*, p. 186).

[10] Conferir: CARMO. A defesa da constituição pelos poderes constituídos e o Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 215 *et seq*.

[11] MAZZILLI. *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 139-140.

[12] Sobre o conceito atual de interesse público, conferir: MOREIRA. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, p. 193; MANCUSO. *Ação civil pública*; MAZZILLI. Processo civil e interesse público. *In*: SALLES (Org.). *Processo civil e interesse público*: o processo como instrumento de defesa social; VENTURI. *Processo civil coletivo*; ZAVASCKI. *Processo coletivo*.

[13] Sobre os Termos de Ajustamento de Conduta consultar a seguinte legislação: Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), e as seguintes obras: MAZZILLI. *O inquérito civil*: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas; e Compromisso de ajustamento de conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*.

O Ministério Público assume singular importância com a Constituição Federal de 1988. Basta a leitura dos arts. 127, 128 e, especialmente, 129 da Lei Fundamental para compreender a extremada significação das atribuições a ele deferidas.

Segundo o art. 127, §1º da CF, são "princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional". A distinção entre unidade e indivisibilidade não é simples. Por isso, é necessário afirmar que o Ministério Público é uno e indivisível, para depois afirmar que sua atuação se manifesta com independência funcional. A independência funcional do Ministério Público constitui uma das dimensões de sua autonomia. Os seus órgãos, ou seja, os agentes ministeriais, os magistrados do *parquet*, atuam com independência. Exercem suas atribuições em sintonia com o seu convencimento pessoal. A manifestação processual do órgão do *parquet*, portanto, decorrerá de sua convicção, não podendo receber ordens de seus superiores para agir deste ou daquele modo.

Nos termos da Constituição, o Ministério Público é uno porque constitui um só órgão sob única direção; indivisível porque seus membros não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, e independente porque a livre convicção de seus membros substancia garantia da livre atuação da instituição. Logo, do ponto de vista funcional, a rigor não há hierarquia entre os membros do *parquet*.

6.4 Órgãos do Ministério Público

Nos termos do art. 128 da Constituição da República, o Ministério Público abrange o (i) Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e (ii) os Ministérios Públicos dos Estados. O art. 130 faz menção ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, e o art. 130-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, trata do Conselho Nacional do Ministério Público.

O Constituinte manteve as várias carreiras que integram o Ministério Público da União, tendo perdido ótima oportunidade para unificá-las. Manteve, inclusive, entre as carreiras componentes do Ministério Público da União, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, quando poderia tê-lo transferido para o Distrito Federal.

O mesmo ocorre com a previsão do art. 130 da Constituição Federal envolvendo o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Trata-se de uma nova carreira? Ou o dispositivo constitucional providencia mera descrição de outra atribuição a ser exercida pelos próprios membros do Ministério Público da União ou dos Estados? Tem-se aqui matéria que o Constituinte de 1988 poderia ter resolvido de modo mais claro.[14]

6.5 As garantias de independência do Ministério Público

A autonomia do Ministério Público é protegida por um feixe de garantias constitucionais, basicamente de duas ordens: as *institucionais* e as *funcionais*. As primeiras

[14] A Lei nº 8.443/1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, disciplina em seus arts. 80 a 84 a carreira do Ministério Público junto ao Tribunal como sendo distinta da instituição ministerial prevista no art. 128 da Constituição de 1988. Impugnados, tais dispositivos foram declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 789-1/DF), sob o fundamento de que os ramos do Ministério Público da União estão taxativamente inscritos no rol do art. 128, inciso I, da Constituição, razão pela qual o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não o integra. Em outras decisões, o STF pacificou seu entendimento de que também os Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas estaduais são carreiras distintas dos Ministérios Públicos estaduais, por força da extensão obrigatória do art. 75 da Constituição de 1988 aos Estados (ADI nº 892-7/RS).

incidem sobre a instituição, cuidando dos meios necessários para o bom exercício dos seus cometimentos constitucionais. As outras incidem sobre os membros do *parquet*, assegurando a sua atuação com independência funcional.

6.5.1 As garantias institucionais

Nos termos do art. 127, §2º, da CF, "é assegurada autonomia funcional e administrativa" ao Ministério Público. Disso, podem ser extraídas algumas consequências. Como salientado, os órgãos do MP atuam livremente. À instituição é conferido o poder de autoadministração, ou seja, como o Poder Judiciário, o Ministério Público dispõe de serviços auxiliares, cuja organização e funcionamento são disciplinados pela lei. Neste ponto, portanto, independe o *parquet* da boa vontade do Executivo. E mais, dispondo de serviços auxiliares, compete ao próprio Ministério Público prover os cargos respectivos, mediante concurso público para os cargos efetivos ou simples nomeação na hipótese de cargos de provimento comissionado. Aliás, ao Ministério Público cumpre prover os cargos da carreira, após a realização de concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização (art. 129, §3º, da CF). A nomeação dos aprovados independe da atuação do Chefe do Poder Executivo.

Conta, ainda, o Ministério Público com autonomia financeira. A instituição possui dotação orçamentária própria que deve ser entregue em duodécimos até o dia vinte de cada mês, incluindo-se os créditos especiais e suplementares (art. 168 da CF). Como ocorre com o Poder Judiciário, incumbe ao Ministério Público, conforme o art. 127, §3º, elaborar sua proposta orçamentária, embora "dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias".

Como corolário de sua autonomia, o Ministério Público detém o poder de iniciativa legislativa. Maneja seu poder de iniciativa para propor ao Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a política remuneratória e os planos de carreira (art. 127, §2º, da CF). Logo, ostenta poder de iniciativa para propor a fixação e a majoração dos vencimentos dos cargos exercidos pelos seus membros ou daqueles integrantes dos seus serviços auxiliares. Dispõe, por outro lado, de iniciativa concorrente para apresentar projetos cuidando da Lei Orgânica do Ministério Público da União e da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (art. 128, §5º, da CF). A Lei Nacional, que estabelece as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios é de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, II, "d", da CF).

O arcabouço institucional do MP é garantido, também, na Lei Fundamental do País, em face (i) da proibição de disciplina da carreira, de sua organização ou das garantias de seus membros por meio de medida provisória e de lei delegada (art. 62, §1º, I, "c" e art. 68, §1º, I, da CF) e (ii) da tipificação como crime de responsabilidade dos atentados contra o livre exercício do *parquet* (art. 85, II, da CF).

Embora a função ministerial tenha alcançado nova dignidade com a Constituição de 1988, a instituição não conta com o poder de autogoverno. Entende-se por autogoverno o poder conferido a determinado órgão (Judiciário, por exemplo) ou Coletividade (Estados-Membros e Municípios, também) de escolherem seus próprios dirigentes. Ora, cabe aos eleitorados estaduais ou municipais escolherem seus governantes. Aos próprios Tribunais (sejam eles integrantes do Judiciário ou não, como é o caso do Tribunal de Contas) cabe eleger seus dirigentes. Os Presidentes dos Tribunais brasileiros não são, portanto, escolhidos por autoridades exteriores ao Judiciário, como ocorre, por exemplo,

com a Suprema Corte Americana.[15] Em relação ao Ministério Público, o Constituinte não foi tão longe. Não conferiu aos membros do *parquet* poder para escolherem os seus dirigentes. Mas a forma de investidura dos Procuradores-Gerais (da União) ou de Justiça (nos Estados) representou significativo avanço. Antes da Constituição de 1988, os cargos de Procurador-Geral (do MPU ou do MP dos Estados) eram de provimento em comissão, razão pela qual podiam os Chefes do Poder Executivo (federal ou estaduais) livremente nomeá-los e demiti-los. A Constituição alterou radicalmente a sistemática. O Procurador-Geral da República (Chefe do Ministério Público da União) é nomeado, agora, dentre os integrantes da carreira, pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela manifestação da maioria absoluta do Senado Federal (art. 128, §1º, da CF). A nomeação implica o exercício de um mandato (*rectius*: exercício de cargo a prazo certo) de dois anos. Os Procuradores-Gerais de Justiça (Chefes dos Ministérios Públicos locais), por seu turno, serão nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, dentre os indicados em lista tríplice formada pelos próprios Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, e composta unicamente por integrantes da carreira (art. 128, §3º).[16] A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, depende de prévia autorização do Senado Federal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (art. 128, §2º, da CF). Já a destituição dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos locais poderá se dar por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo local (art. 128, §4º, da CF). A Constituição, quando se refere ao mandato do Procurador-Geral da República, permite a recondução; quando trata dos Procuradores-Gerais de Justiça, referindo-se à mesma hipótese, faz uso da seguinte locução: "permitida uma recondução". O modo como o Constituinte tratou a matéria sugere que, no âmbito federal, admite-se mais de uma recondução, enquanto no âmbito local apenas uma recondução está autorizada.

Não se chegará, aqui, ao ponto de se sugerir a atribuição de verdadeiro autogoverno ao Ministério Público. A existência de mecanismos de participação dos demais poderes na escolha do chefe da instituição representa importante mecanismo integrante do sistema de freios e contrapesos. Todavia, não se entende a razão da diferença entre os sistemas federal e estadual para a escolha do Procurador-Geral: lista tríplice no âmbito estadual, sem participação do Legislativo, e participação do Legislativo (Senado) no âmbito federal, sem a prévia elaboração de lista tríplice (pelo Ministério Público). Talvez fosse o caso de se somarem os dois modelos. Em todos os casos, previsão de lista tríplice com aprovação pelo Legislativo (Senado ou Assembleia Legislativa) do nome indicado pelo Chefe do Poder Executivo (Presidente da República ou Governador de Estado). Aliás, a Constituição do Estado do Paraná caminhava nesse sentido, quando dispunha que (art. 116):

> O Ministério Público tem por chefe o Procurador Geral de Justiça, nomeado pelo Governador do Estado, após aprovação da Assembléia Legislativa, dentre os integrantes da carreira, indicados em lista tríplice elaborada, na forma da lei, por todos os seus membros, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, em que se observará o mesmo processo.

[15] RODRIGUES. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*.

[16] Cf. O artigo do presente livro "A Constituição e os requisitos para a investidura do Chefe do Ministério Público nos Estados". Em sentido diverso: GUIMARÃES. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*, p. 45.

O Constituinte paranaense (i) previu a manifestação da Assembleia Legislativa não apenas no caso de destituição, como também por ocasião da escolha do Procurador-Geral de Justiça; (ii) determinou que, para a formação da lista tríplice, participarão todos os membros do Ministério Público e não apenas os integrantes de órgão composto por membros em final de carreira e (iii), por fim, permitiu a recondução, desde que observado o mesmo processo (lista tríplice, aprovação pelo Legislativo e nomeação pelo Executivo).[17]

Previsão como esta deveria constar da Constituição Federal para disciplinar o processo de escolha e nomeação do Procurador-Geral da República e dos Procuradores-Gerais de Justiça. Lamentavelmente, não é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Outra questão que merece, neste campo, definição constitucional está relacionada com a carreira de onde o Presidente da República escolherá o Procurador-Geral da República. O Constituinte (art. 128, §1º) determinou que o Procurador-Geral da República será nomeado pelo Presidente da República "dentre integrantes da *carreira*". Utiliza a expressão no singular. Todavia, o Procurador-Geral da República é chefe do Ministério Público da União, integrado por diferentes carreiras (Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios). A qual das carreiras se refere o Constituinte? A todas? Certamente não, tanto que não falou em *carreiras*, mas sim em *carreira*. Parece que se referiu apenas à carreira do Ministério Público Federal. Por duas razões: primeiro porque o Chefe do Ministério Público Federal, integrado pelos Procuradores da República, é também o Chefe do Ministério Público da União. Não seria possível atribuir a chefia do MPF a um integrante de outra carreira do MPU. Depois, porque o chefe do MPU é o *Procurador-Geral da República*. Ora, a única carreira integrada por procuradores da república é o Ministério Público Federal. A logicidade dessa conclusão importa, todavia, certa injustiça. Ou seja, os membros das demais carreiras do MPU, salvo a do MPF, não poderão exercer o cargo de Procurador-Geral da República. Está-se aqui em face de distorção decorrente da não unificação das carreiras no âmbito do Ministério Público da União.

Mas ela não é única. Veja-se o caso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. O Constituinte conferiu autonomia política para o Distrito Federal. Inclusive competência legislativa, exercitável pela Câmara Distrital. O regime constitucional do Distrito Federal é análogo ao dos Estados. Dispõe, também, de capacidade de autogoverno, autoadministração, competência legislativa e autonomia financeira. Então o que justifica a manutenção do Ministério Público do Distrito Federal no âmbito da União? Ora, as funções do Ministério Público junto aos Territórios (hoje inexistentes no

[17] Cf. ADInMC nº 2.319-PR: "Por aparente ofensa ao art. 128, §3º, da CF ('Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.'), o Tribunal, julgando medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido Social Liberal – PSL, deferiu a suspensão cautelar de eficácia de expressão contida na Constituição do Estado do Paraná e de dispositivos da Lei Complementar nº 85/1999, do mesmo Estado, que condicionam a nomeação do Procurador-Geral de Justiça do Estado à prévia aprovação de seu nome pelo Poder Legislativo estadual (expressão 'após a aprovação da Assembléia Legislativa', constante do *caput* do art. 166 da Constituição do Estado do Paraná; o §1º do art. 10, os §§2º e 3º do art. 16 e, ainda, no mesmo artigo, a expressão 'submetendo-o à aprovação pela Assembléia Legislativa', todos da Lei Complementar Estadual nº 85/99). Precedentes citados: ADInMC nº 1.228-AP (*DJU*, 02 jun. 1995) e ADInMC nº 1.506-SE (*DJU*, de 21 nov. 1996)" (ADInMC nº 2.319-PR, Rel. Min. Moreira Alves, 1º.08.2001; ADI-2319; *Informativo STF*, n. 235).

Brasil, embora com possibilidade constitucional de criação) poderiam perfeitamente ficar a cargo do Ministério Público Federal. O Distrito Federal, propõe-se, deveria ser competente para organizar e manter essa importante instituição. O tratamento dispensado pelo Constituinte na situação pode autorizar a emergência de alguma confusão. Deveras, a carreira integra o MPU. A chefia do MPU é exercida pelo Procurador-Geral da República. Mas, a Constituição prevê, no art. 128, §4º, a existência de um Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, escolhido pelo Chefe do Executivo (Presidente da República) e destituível. Nos termos do art. 156, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, a destituição dá-se por deliberação da maioria absoluta do Senado Federal, mediante representação do Presidente da República.

Porém as complicações vão além. O Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios é a única carreira integrante do MPU, na qual o Constituinte previu a existência de Procurador-Geral. Basta isso para a criação de situações paradoxais. O Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público da União, mas não é o chefe de uma das carreiras integrantes do MPU, a menos que se trate de um Chefia, neste caso, de caráter meramente formal. Por outro lado, se o Procurador-Geral da República é o Chefe do MPU, então as demais carreiras integrantes da instituição, salvo o MPDF, em face de expressa previsão constitucional, em princípio, não contam com Procuradores-Gerais. No entanto, a legislação infraconstitucional contempla a existência dessas autoridades. Quanto aos Procuradores-Gerais nas carreiras, conquanto não estejam previstos na Lei Fundamental a sua previsão por legislação infraconstitucional, ante a inexistência de vedação, não contraria a vontade do Constituinte. Nesta medida, a Lei Complementar nº 75/1993 trata, expressamente, da nomeação, pelo Procurador-Geral da República, de Procuradores-Gerais escolhidos entre os seus integrantes, para as carreiras integrantes do MPU (art. 26, IV).

Essas questões, que muitas vezes trazem alguma perplexidade, poderiam muito bem ser resolvidas mediante a singela medida de unificação das carreiras integrantes do MPU, exceto a do MPDF, pelo motivo antes apresentado.

6.5.2 Garantias funcionais do Ministério Público

As garantias funcionais do Ministério Público são de duas ordens — ou são de independência ou são de imparcialidade.[18]

Com a nova Constituição, os membros do MP alcançaram um estatuto similar ao consagrado à magistratura judicial. Os órgãos do *parquet* adquirem a vitaliciedade, "após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado" (art. 128, §5º, I, letra "a"). São, ademais, inamovíveis, "salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegial competente do Ministério Público, por voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa" (art. 128, §5º, I, letra "b").[19] Conquistaram, ademais, como a magistratura (art. 95, III), "a irredutibilidade de subsídios" (art. 128, §5º, I, letra "c").[20]

---

[18] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 601-602.

[19] Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, era exigido voto de dois terços dos membros do órgão colegiado respectivo do Ministério Público para se excetuar a garantia da inamovibilidade. Em consonância com a redação primitiva do art. 128, §5º, I, "b", da Constituição de 1988, a Lei Complementar nº 75/1993 dispôs, em seu art. 17, II, que os membros do Ministério Público da União são inamovíveis, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do Conselho Superior, por voto de dois terços de seus membros. A norma infraconstitucional deve ser interpretada de acordo com a nova disposição constitucional.

[20] Antes da Emenda constitucional nº 19/1998, era garantida a irredutibilidade de *vencimentos*, prerrogativa, aliás, de todos os trabalhadores nos termos dos arts. 7º, VI e 37, XV, da Constituição de 1988. É interessante notar que

Antes da Emenda Constitucional nº 19/1998, que transformou a irredutibilidade de vencimentos em irredutibilidade de subsídios, o Supremo Tribunal Federal decidiu quanto aos juízes que a garantia constitucional protegia toda a remuneração, e não apenas o padrão básico, contra a manifestação de redução nominal sem, no entanto, implicar, em caso de defasagem, no automático reajuste remuneratório. Diante do entendimento, perfeitamente aplicável à situação dos membros do Ministério Público, observa-se que a alteração operada pela Emenda nº 19/1998 inseriu exceções ao princípio da irredutibilidade de subsídios, dentre elas, o teto referente ao subsídio mensal, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.[21] Em economias inflacionárias, como a existente no Brasil nas décadas de 1980 e 1990, basta que o Legislador (o Congresso) ou o Executivo (por meio do direito de veto) deixe de atualizar, por alguns meses, o padrão remuneratório da magistratura ou do Ministério Público para que tais instituições possam ficar de algum modo vulneráveis.

Os membros do Ministério Público, antes da Constituição de 1988, salvo em alguns Estados, por força de dispositivo constitucional estadual, não eram vitalícios, mas meramente (após os dois anos do estágio probatório) estáveis.

Tem-se interpretado que a inamovibilidade dá-se no cargo. Daí as designações determinadas pelos Procuradores-Gerais poderem constituir mecanismo de afastamento da incidência da garantia constitucional. Um promotor inamovível, exercente de cargo nesta ou naquela Comarca, é designado para atender a órgão ou promotoria especial onde não contará com referida garantia, podendo ser afastado a qualquer tempo. Parece que a única interpretação ajustada ao princípio constitucional é a que resulta na inamovibilidade em qualquer órgão onde atue o agente ministerial. Nesta medida, as designações para os órgãos especiais do Ministério Público devem ser, paulatinamente, substituídas pelas remoções e promoções, criando-se, em consequência, cargos em número suficiente para a atuação desses órgãos.

As garantias funcionais do Ministério Público se completam com a previsão de "foro por prerrogativa de função". Ficou constitucionalmente estabelecido que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, ao Procurador-Geral da República (art. 102, I, "b"), e ao Senado Federal julgá-lo nos crimes de responsabilidade (art. 52, II). Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar nos crimes comuns e de responsabilidade, originariamente, os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais (art. 105, I, "a", da CF) e aos Tribunais Regionais Federais, processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a do Superior Tribunal de Justiça (art. 108, I, "a", da CF). Quanto aos membros do Ministério Público estadual, serão julgados, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelos respectivos Tribunais de Justiça, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III, da CF).

As garantias de imparcialidade do Ministério Público (o *parquet*, segundo a tradição do direito brasileiro, é parte imparcial), como as da magistratura judicial, manifestam-se por meio das vedações constitucionalmente impostas aos membros da carreira.

---

a Lei Complementar nº 75/1993 não contempla sequer a irredutibilidade de vencimentos, eis que, o dispositivo respectivo foi vetado.

[21] Art. 129, I, "c", de acordo com a EC nº 19/1998: "irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, §4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, §2º, I".

Aos juízes, a Lei Fundamental da República (art. 95, parágrafo único) veda (i) o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (ii) o recebimento, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo; (iii) a dedicação à atividade político-partidária; (iv) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílio ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e (v) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Sobre os membros do *parquet*, incidem as seguintes vedações (art. 128, §5º II, da CF): (i) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; (ii) exercer a advocacia; (iii) participar de sociedade comercial, na forma da lei; (iv) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; (v) exercer atividade político-partidária e (vi) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílio ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

A proibição da advocacia privada apanhou, com a promulgação da vigente Lei Fundamental, apenas os integrantes do Ministério Público da União. Desde antes da Constituição, em face de legislação infraconstitucional, agentes do *parquet* estadual já estavam proibidos de advogar. Com efeito, a proibição veio em boa hora, já que, efetivamente, há verdadeira incompatibilidade entre as duas atividades: a advocacia privada e a advocacia da sociedade.

Quanto à atividade político-partidária que, em casos excepcionais definidos pelo legislador ordinário, era permitida, o Constituinte optou, mais tarde, pela proibição, adotando posição já defendida em edição anterior desta obra.[22] Tome-se como exemplo o episódio do Presídio Carandiru no Estado de São Paulo no ano de 1992. Tanto o Governador do Estado como o Secretário de Segurança Pública eram membros do *parquet* estadual. Basta esse fato para dificultar à instituição a consecução de uma de suas funções institucionais, especialmente a definida no art. 129, II, da CF: "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia".

Ora, quando os membros do Ministério Público abandonam as suas funções institucionais para exercerem cargos políticos eletivos ou comissionados, atuando próximos ao poder, seja no Legislativo ou no Executivo, há o comprometimento da instituição como um todo. Isso ocorre, especialmente, quando o número de promotores exercentes de cargos públicos comissionados, de primeiro ou de segundo escalões, é considerável. Em casos como esse, a independência e, mais do que isso, a credibilidade da instituição sofrem percalços.[23]

---

[22] Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, eram ressalvados da vedação de exercício de atividade político-partidária por membros do Ministério Público os casos expressamente permitidos em lei. A Lei Complementar nº 75/1993 dispõe no art. 237, V que é vedado exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer. Em edição anterior desta obra, defendeu-se o seguinte: "Quanto ao exercício de atividade político-partidária que, em casos excepcionais a serem definidos pelo legislador ordinário, pode ser permitido, melhor seria que o Constituinte definisse, de uma vez por todas, como fez com os juízes, a proibição" (CLÈVE. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*, p. 114).

[23] De acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos da Resolução nº 05, de 20 de março de 2006: "Art. 1º Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda 45/2004. Art. 2º Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Parágrafo único. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 05 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior. Art. 3º O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, c, da Lei nº 8.625/93, e 6º, §§1º e 2º, da Lei Complementar nº 75/93. Art. 4º O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de

Muitos estranham a existência de Procuradores da República que advogam ou de Promotores de Justiça exercendo cargo comissionado na Administração Pública direta ou indireta, inclusive o de Secretário de Estado. Aqui, encontra-se um dos sérios problemas que afligem o direito constitucional brasileiro, ou seja, a previsão, pela Constituição, de disposições constitucionais transitórias que afastam a incidência das normas gerais introduzidas pelo Constituinte.

A Constituição Federal permitiu que os membros do Ministério Público pudessem optar pelo regime anterior, assim que fosse aprovada a respectiva lei complementar. Esta opção foi realizada, no âmbito do MPU, por ocasião da promulgação da Lei Complementar nº 75, de 1993, que dispôs sobre a sua organização, atribuições e estatuto. Nesse caso, não adquirirão a vitaliciedade (salvo a existência de norma constitucional estadual anterior em sentido contrário) ou a inamovibilidade. Mas, por outro lado, não serão alcançados pelas vedações previstas na nova Constituição. Por essa razão, os agentes que entraram em exercício antes da promulgação da Carta de 1988 poderão optar pelo regime anterior. Em face do disposto no art. 29, §3º, do ADCT, há, temporariamente, dois regimes jurídicos distintos informando o estatuto dos agentes ministeriais.[24]

Em relação ao Ministério Público da União, como já afirmado, a questão se complica um pouco mais. Porque os agentes do MP dos Estados já estavam proibidos de exercer a advocacia privada. Os membros do Ministério Público da União, todavia, não.

---

outra função, vedado constitucionalmente. Parágrafo único. As leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal". Veja-se jurisprudência no mesmo sentido: RE nº 597.994/PA, Rel. Min. Ellen Gracie: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ELEITORAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECANDIDATURA. DIREITO ADQUIRIDO. DIREITO ATUAL. AUSÊNCIA DE REGRA DE TRANSIÇÃO. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. ARTIGOS 14, §5º E 128, §5º, II, e DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO SEU TODO. Não há, efetivamente, direito adquirido do membro do Ministério Público a candidatar-se ao exercício de novo mandado político. O que socorre a recorrente é o direito, atual — não adquirido no passado, mas atual — a concorrer a nova eleição e ser reeleita, afirmado pelo artigo 14, §5º, da Constituição do Brasil. Não há contradição entre os preceitos contidos no §5º do artigo 14 e no artigo 128, §5º, II, e, da Constituição do Brasil. A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Recurso extraordinário a que se dá provimento". MS nº 26.595/DF Rel. Min. Cármen Lúcia: "MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO N. 5/2006 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: EXERCÍCIO DE CARGO DE DIRETOR DE PLANEJAMENTO, ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA DO IBAMA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE INGRESSOU NA INSTITUIÇÃO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 EXERCER CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA EM ÓRGÃO DIVERSO DA ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VEDAÇÃO DO ART. 128, §5º, INC. II, ALÍNEA D, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA".

[24] "Fruto de poderoso lobby, tal dispositivo transitório, visando a acomodar situações e interesses particulares, acabou desnaturando em grande parte o perfil constitucional que fora reservado dentre os dispositivos permanentes que se referem ao Ministério Público. A uma, porque os membros do Ministério Público Federal que já advogam poderão continuar a fazê-lo; a duas, porque o afastamento da carreira, para atividades político-partidárias ou para cargos administrativos, poderá continuar a ser utilizado quase que irrestritamente, como se verá, por quem se encontre nas condições de exercer a opção de que cuida o dispositivo transitório; a três, porque criará dois quadros paralelos dentro de cada Ministério Público, com garantias, vantagens e vedações díspares; assim, dentro do campo de garantias, vantagens e vedações do regime anterior, por certo se poderá até cogitar de opção pelo antigo tratamento remuneratório, bem como ausência do teto estipulado no art. 17 do ADCT" (MAZZILLI. *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 379).

A Procuradoria da República, antes da Constituição de 1988, exercia, a um tempo, as funções de Advocacia da União (representação judicial e extrajudicial) e de Ministério Público Federal (atuante junto à Justiça Federal). A Constituição criou a Advocacia-Geral da União (art. 131) e vedou ao Ministério Público o exercício da representação judicial e da consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, da CF). Todavia, deferiu à Procuradoria da República (art. 29, *caput*, do ADCT) o exercício da representação judicial da União enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União. Por isso, embora transitoriamente, após a promulgação da vigente Constituição, por quatro anos continuou a Procuradoria da República a exercer a advocacia em favor da União (neste caso auxiliada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nas questões de natureza fiscal, segundo autoriza o art. 29, §5º do ADCT). Facultou-se, ademais, em face da peculiar situação da Procuradoria da República, aos procuradores em atividade na data da promulgação da Constituição, o direito de optar entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União (art. 29, §2º, do ADCT). Além disso, foi promulgada a lei complementar disciplinadora da carreira da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu os órgãos destinados ao exercício de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público. O Conselho Nacional do Ministério Público é órgão colegial nacional, composto por oito membros do Ministério Público, dois do Poder Judiciário, dois da advocacia e dois da sociedade escolhidos pelo Poder Legislativo (art. 130-A). Embora tenha por função precípua zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo, inclusive, expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências, há vozes na doutrina defendendo tratar-se de criação atentatória às prerrogativas ministeriais.[25]

6.6 Funções institucionais do Ministério Público

São funções institucionais do Ministério Público nos termos do art. 129 da Constituição: (i) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (ii) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias para sua garantia; (iii) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;[26] (iv) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; (v) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; (vi) expedir notificações nos procedimentos

[25] "A EC nº 45/04 estabeleceu, no art. 130-A, o Conselho Nacional do Ministério Público, cujo funcionamento deverá observar todas as garantias e funções institucionais e dos membros do *Parquet*, impedindo a ingerência dos demais poderes de Estado em seu funcionamento, pois a Carta Magna caracterizou a Instituição como órgão autônomo e independente, e destinou-a ao exercício de importante missão de verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação dos Poderes, da legalidade e moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais. O desrespeito a essa consagração constitucional ao Ministério Público caracterizará, conforme verificado no item anterior, a *deformação da vontade soberana do poder constituinte*, e, consequentemente, a erosão da própria consciência constitucional" (MORAES. *Constituição do Brasil interpretada*, p. 1706).

[26] Cf. MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural; NERY JÚNIOR. O Ministério Público e as ações coletivas. *In*: MILARÉ. (Org.). *Ação Civil Pública*: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.

administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; (vii) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; (viii) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (ix) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade,[27] sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

O dispositivo deve ser somado ao constante do art. 103, §1º, da CF, que determinou a audiência do Procurador-Geral da República em todos os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Da leitura das disposições acima referidas, depreende-se a importância do Ministério Público na Constituição de 1988. Titular exclusivo da ação penal pública, fiscal da ordem jurídica e defensor do regime democrático,[28] do cidadão (*ombudsman*),[29] dos interesses das populações indígenas, do meio ambiente,[30] do patrimônio público e social e dos interesses difusos e coletivos em geral, alcançou a instituição um papel de relevo no quadro da organização do Estado brasileiro.[31]

O que foi até aqui considerado é suficiente para demonstrar que, salvo as questões de menor importância indicadas no decorrer do texto, a disciplina constitucional do Ministério Público é bastante satisfatória, guardando compatibilidade com a singular importância que a instituição adquiriu no contexto da organização política nacional.

II – Ministério Público e investigação criminal

6.7 Introdução

Discute-se a propósito da legitimidade do exercício, por membros do Ministério Público, de atividades de investigação dirigidas à apuração de infrações criminais. [32]

Decisão sobre o tema será tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade aforada contra dispositivos da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993,

---

[27] Questão muito debatida atualmente diz respeito à possibilidade de membros do Ministério Público praticarem diretamente atos de investigação criminal. Sobre o assunto, conferir a segunda parte do presente estudo.

[28] Cf. COMPARATO. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: GRAU; CUNHA (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 244-260.

[29] Cf. LOPES. *O novo Ministério Público brasileiro*, p. 160 *et seq.*; COSTA. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 250.

[30] Cf. MILARÉ; MAZZILLI; FERRAZ. O Ministério Público e a questão ambiental na constituição. *Justitia*, p. 45.

[31] Cf. MOREIRA NETO. O Ministério Público: deveres constitucionais da instituição face a situações de insegurança pré-crítica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 79-82.

[32] Cf. BARROSO. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*; STRECK; FELDENS. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público; LOPES JUNIOR. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*; GUIMARÃES. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*; ROXIN. Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. *In*: MAIER *et al. El Ministerio Público en el processo penal*, p. 37-57; MESQUITA. Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização de investigação criminal). *Revista do Ministério Público*; CHOUKR. Relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório. *Revista Atualidades e Tendências*; MOREIRA. Ministério Público e poder investigatório criminal. *Revista do Ministério Público*.

que contemplam, entre as atribuições do Ministério Público, a realização de diligências investigatórias. Há outros feitos, igualmente tramitando perante a Excelsa Corte, que envolvem deliberação sobre a matéria.[33]

A polêmica que ora se estabeleceu nos meios de comunicação de massa já era observada na seara jurídica. Entre os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a posição dominante no último sobre a competência investigatória do Ministério Público manifesta-se em sentido positivo,[34] enquanto no primeiro caminha em sentido distinto,[35] tratando-se, não obstante, de entendimento ainda não pacificado.[36]

Não é o caso, aqui, de levantar as razões que levaram determinados operadores jurídicos a questionar a legitimidade da atuação do Ministério Público. Convém limitar a abordagem ao campo técnico-jurídico, no qual a iniciativa do Ministério Público vem sendo combatida basicamente com dois argumentos: tal atividade (i) não residiria, a partir da leitura da Constituição, entre suas funções, motivo pelo qual o *parquet* não ostentaria atribuição no sítio investigatório, particularmente em matéria criminal (eventual atuação importando, por isso mesmo, em ofensa ao princípio do devido processo legal); (ii) a investigação criminal constitui função exclusiva da polícia judiciária. Logo, o *parquet* não poderia atuar nesse sítio sem ofensa ao princípio da separação dos poderes. Os argumentos decorrem de um específico modelo de interpretação constitucional que leva em conta, basicamente, a literalidade do texto normativo.

---

[33] ADI nº 2.943-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI nº 3.309-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI nº 3.317-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI nº 3.318-MG, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI nº 3.329-SC, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI nº 3.337-PE, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI nº 3.370-AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI nº 3.479-MT, Rel. Min. Eros Grau.

[34] Recurso Especial nº 331.903-DF (2001/00844503), Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25.05.2004. "Ementa: RESP – PENAL E PROCESSO PENAL – PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PROVAS ILÍCITAS – INOCORRÊNCIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE. – A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta *e.g.* Turma. *Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal*" (grifos nossos).
Cf. Recurso Ordinário em HC nº 15.507-PR (2003/0232733-3), Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 28.04.2004 e Recurso Ordinário em HC nº 12.871-SP (2002/0058385-0), Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13.04.2004.

[35] RHC nº 81.326-DF, Rel. Min. Nelson Jobim. "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE. A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido" (Informativo STF 314).

[36] Cf. MS nº 21729/DF (*DJ*, 19 out. 2001), Rel. Min. Marco Aurélio; HC nº 75769-MG STF (*DJ*, 28 nov. 1997), Rel. Min. Octavio Gallotti; HC nº 77.371-SP STF (*DJ*, 23 out. 1998), Rel. Min. Nelson Jobim; HC nº 80.948/ES (*DJ*, 19 dez. 2001), Rel. Min. Néri da Silveira; HC nº 81.303/SP (*DJ*, 23 ago. 2002) Rel. Min. Ellen Gracie.

A ideia neste texto não é apontar quem é melhor para apurar infrações criminais, o policial ou o membro do Ministério Público. Não é o caso, sem mais, de aderir a esta ou àquela tese. Trata-se, antes, de oferecer alguns elementos para a melhor compreensão do arranjo constitucional envolvendo a competência dos órgãos dotados de dignidade constitucional, implicando isso, daí sim, tomada de posição. Cumpre, então, tecer breves comentários sobre o ponto chave da questão, a interpretação constitucional.

6.8 Interpretação constitucional

As relações sociais hodiernamente travadas não raras vezes ensejam demandas complexas cuja tutela jurisdicional adequada só pode ser aventada com o manejo de técnicas satisfatórias de interpretação constitucional.

Nota-se uma mudança no campo metodológico que orienta a prática constitucional na busca de um modelo hermenêutico que permita conferir a dinamicidade necessária ao texto para potencializar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e realizar as promessas constitucionais. Neste passo, texto e norma deixam de manter uma relação unívoca e absoluta.[37] O texto é o universo sobre o qual se debruça o operador jurídico. A norma, não se confundindo com o texto, é o resultado da operação hermenêutica.[38]

Nos últimos anos, evidenciados os limites do positivismo, seja ele de matriz exegética, seja ele de matriz normativo-kelseniana, operou-se um deslocamento no campo das técnicas de interpretação de molde a, especialmente nos *casos difíceis*, incorporar a razão prática no horizonte da ação. Cumpre ao intérprete, portanto, além da *subsunção* ou da *categorização*, manejar os recursos da argumentação e da ponderação para a resolução dos complexos problemas que se apresentam na sociedade contemporânea (*tecnológica*, *de informação*, *pós-industrial*, *em rede*, *de risco* etc.) insuscetíveis de enfrentamento a partir de um padrão metodológico próprio de sociedades e discursos constitucionais menos complexos.

Superado o *paradigma da consciência*, está-se, agora, a operar sob o influxo do *paradigma da linguagem*, exigente de um renovado papel para os operadores jurídicos:

> Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional.[39]

---

[37] "De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, *a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto*" (ÁVILA. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 23, grifos nossos).

[38] MÜLLER, Friedrich. *Discours de la mèthode juridique*.

[39] BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 494.

A *força normativa* da Constituição depende grandemente da atualidade de suas normas para gerar a identidade dos diferentes grupos sociais que nela apostam suas esperanças.

> [...] perde força hermenêutica qualquer interpretação que busque no desenvolvimento histórico da formação de determinado instituto a construção de uma *mens legislatoris* ou *mens legis*. Tal procedimento, de índole marcadamente historicista, mostra-se antitético com o que contemporaneamente se entende por hermenêutica. Quer-se dizer, o historicismo esbarra nos câmbios de paradigma; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição. *A validade do "método histórico", nos termos em que está colocado, poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade*.[40] (grifos nossos)

É nesse quadro que as mais polêmicas questões afetas às prescrições normativas devem ser resolvidas. E o poder de investigação criminal do Ministério Público nele reside. A instituição ministerial passou por profunda alteração funcional com o advento da Constituição Federal, já que no sistema anterior apresentava-se de certo modo subordinada ao Poder Executivo. Diante disso, determinadas concepções acerca de suas atribuições não se coadunam com o paradigma democrático agora instituído, demandante de constante afirmação. Daí porque não se deve compreender as funções ministeriais apartadas das transformações felizmente operadas com o sistema constitucional vigente.[41]

Aliás, também a seara penal vem sofrendo mudanças necessárias para acompanhar as novas demandas sociais e refrear o avanço de condutas criminosas aperfeiçoadas com a velocidade da modernização tecnológica. Não é crível que o Código de Processo Penal seja interpretado, ainda, sem levar em conta o processo de mutação desencadeado pela nova Constituição. É preciso sintonizar a legislação processual-penal com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as consequências da *filtragem constitucional*, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição.

A aplicação da lei penal e processual penal tem por escopo oferecer solução para as condutas desviantes, sempre tipificadas, atentatórias aos valores e bens, reconhecidos pela normatividade constitucional, que dão base à organização social. Para operacionalizar a atividade do Estado no sítio considerado, a Constituição cria órgãos e instituições, retirando do cidadão a possibilidade de manifestar ação de caráter persecutório, enfim, de fazer justiça com as próprias mãos. O Constituinte, portanto, confere ao Estado o monopólio de tal ação. A paz social fica, é indubitável, em grande parte dependente da eficiência e eficácia dos métodos postos em prática pela estrutura estatal. Diante de semelhante circunstância, é natural que as instituições e os órgãos públicos incumbidos da fundamental tarefa possam contar com recursos e preparação adequados ao salutar atendimento das vítimas e à persecução, nos termos da lei, dos

---

[40] STRECK; FELDENS. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, p. 69-70.

[41] É de transcrever aqui apontamento particularmente feliz de Barbosa Moreira sobre a postura dos juristas que operam interpretação com olhos voltados para o passado: "Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se o véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica" (O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, p. 152).

acusados de transgressão. A separação de funções neste campo é instrumental, e assim deve ser considerada.

Traçado este breve panorama, é possível perceber que a questão sobre a legitimidade da apuração de infrações criminais pelo Ministério Público deve ser avaliada com adequada dose de cuidado, isto para que não se reduza à significação de uma disputa contaminada por eventuais interesses orgânicos em tudo distante do necessário compromisso com a realização dos postulados do Estado Democrático de Direito.

As normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um *sistema*, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes. O sistema em questão abriga disposições que orientam a evolução dinâmica de sentidos decorrente das mudanças operadas no plano da *faticidade*. O correto entendimento da matéria, portanto, envolve operação hermenêutica capaz de testar e, mais do que isso, superar o aprisionamento do território da *pré-compreensão*.

6.9 Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual

6.9.1 Investigação e acusação no juizado de instrução

A importância da devida interpretação das disposições constitucionais avulta quando se percebe entre os argumentos na linha da ilegitimidade dos procedimentos investigatórios promovidos por membros do Ministério Público, a tentativa de petrificar os debates ocorridos no Congresso Constituinte em prejuízo da Constituição mesma. Como se sabe, o Constituinte recusou proposta no sentido de instituir o juizado de instrução. Este é um fato. Mas daí não é possível extrair como consequência a ideia segundo a qual foi implantado, para a polícia judiciária, o monopólio das atividades investigatórias em matéria criminal.

O juizado de instrução constitui modelo de investigação processual penal adotado em alguns países europeus no qual se manifesta rígida separação entre as funções de *acusação* e *instrução*. A separação, ensejada por razões históricas, deixa a cargo do promotor ou procurador acusar, a cargo do juiz a promoção da instrução e a cargo de outro órgão jurisdicional o julgamento. De modo que quem instrui não julga. É verdade que tal modelo foi sensivelmente modificado na atualidade, mas é preciso ressaltar, por outro lado, que mesmo aí não se opera separação rígida entre as funções de *acusação* e *investigação*, como se poderia imaginar.

Em alguns países que adotam o juizado de instrução, não é permitido ao membro do Ministério Público realizar a instrução, já que esta função é privativa do juiz. Este, detentor de amplos poderes, pode ordenar uma série de diligências para garantir a segura apuração do delito, como determinar a prisão preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão etc.

O Ministério Público, enquanto órgão acusador, não tem poderes para promover a instrução criminal no sistema de juizados de instrução, nem no sistema processual penal brasileiro. Aqui, tanto o Ministério Público quanto a polícia judiciária devem (e é bom que continue assim) solicitar ao juiz medidas de maior gravidade que possam afetar direitos fundamentais. Entenda-se que isso não significa que o órgão ministerial esteja proibido de investigar, mas sim de promover a instrução do processo penal.

É preciso notar, não obstante, que o juizado de instrução vem cedendo passo a outro sistema no qual o Ministério Público é responsável pela investigação preliminar.[42] Neste sentido, afirma Aury Lopes Jr.:

> A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado (juizado de instrução). Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, *v.g.* na Itália (1988) e em Portugal (1995). Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao *fiscal* maiores poderes na instrução preliminar.[43]

Ora, o debate constituinte do qual não resultou, entre nós, a adoção do sistema do juizado de instrução não é determinante para solução da questão da constitucionalidade da atuação do Ministério Público envolvendo a realização de certas diligências em investigação criminal. *Primeiro*, pela ressalva da interpretação constitucional adequada; *segundo* porque mesmo que tivesse sido adotado tal modelo, não se impediria a controvérsia nesta instaurada, que está cingida ao binômio acusação/investigação e não ao binômio acusação/instrução.

Não é demais lembrar, com Lenio Streck e Luciano Feldens, que

> [...] a partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (*Auslegung*), pela hermenêutica de cunho filosófico, *passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas sim, produtivo*. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (*Sinngebung*). Com isto, deixa de existir equivalências entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Desse modo, se o texto não "carrega" a sua norma e se a vigência de um dispositivo não implica diretamente a sua validade, *é possível afirmar que textos anteriores à Constituição recebem automaticamente novas normas*, atribuíveis a partir do *topos* hermenêutico que é a Constituição de 1988. Sentidos jurídicos atribuídos a textos legais, por exemplo, em 1963 (Projeto RÁO), 1941 (Código de Processo Penal) e 1957 (decisão do STF da lavra de HUNGRIA) *não se mantêm na contemporaneidade pós-Constituição de 1988*, pela profunda alteração do papel do Estado, da Constituição e, fundamentalmente, da função a ser exercida pelo Ministério Público.[44]

---

[42] O Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou e encaminhou aos Estados Membros a Recomendação — REC (2000)19 — sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, que dispõe: "1. O 'Ministério Público' é uma autoridade pública encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal. 2. *Em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público*: - *decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal*; - exerce a ação penal; - pode recorrer de todas ou algumas decisões. 3. Em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também: aplica a política criminal nacional, adaptando-a, quando for o caso disso, às realidades regionais e locais; - *conduz , dirige ou fiscaliza o inquérito*; [...]. 16. O Ministério Público deve, em qualquer caso, estar em condições de proceder criminalmente, sem obstrução, contra agentes do estado, por crimes por estes cometidos, particularmente de corrupção, abuso de poder, violação grave dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional" (grifos nossos).

[43] LOPES JUNIOR. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 85.

[44] STRECK; FELDENS. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, p. 67.

Afasta-se, portanto, o argumento de que a frustrada tentativa de adoção do modelo de juizado de instrução possa justificar a opção de atribuir, de forma monopolizada, a função de investigação — apartada da acusação — à polícia judiciária. A legitimidade das diligências investigatórias do Ministério Público decorre da nova ordem constitucional e nela deve ser compreendida.

Se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, eis que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente, com mais razão o mesmo ocorrerá quando em questão as deliberações do legislador ordinário. A efetividade da Constituição não pode ficar a mercê de contingentes interesses políticos, nem sempre coerentes com os interesses sociais que legitimam os respectivos mandatos. Daí porque projetos de lei, e mesmo projetos de emenda constitucional eventualmente não aprovados, não constituem diretriz hermenêutica séria para justificar determinada interpretação do texto ou para fechar questão sobre assunto que assume importância vital para a sociedade. Inclusive porque, em muitos casos, antes de ostentarem natureza verdadeiramente constitutiva, apresentavam finalidade meramente explicitadora, declaratória de uma condição disputada, mas, todavia, perfeitamente extraível do texto constitucional.

De outra banda, conjuga-se ao argumento do juizado de instrução a ideia de que uma separação absoluta entre as funções de acusação e investigação asseguraria a imparcialidade dos órgãos respectivos. Patente equívoco por julgar, primeiramente, toda a instituição em função de valores que só a personalidade de cada pessoa vai determinar. Em segundo lugar não há fundamento jurídico para se creditar mais imparcialidade a membros do Ministério Público ou da polícia judiciária, seja qual função exerçam. Uma análise mais detida da função acusatória do Ministério Público permite aferir que o intuito investigatório é, diante de um fato típico, identificar e comprovar autoria e materialidade, seja a partir de notícia que lhe foi confiada diretamente, seja a partir de inquérito policial, seja a partir de investigação cível própria que apontou emergência também de ilícito criminal.[45]

Não há uma distância abissal entre Ministério Público e polícia judiciária no exercício de suas respectivas atribuições, o que pode ser deduzido já da finalidade precípua de cada qual — defesa da ordem jurídica democrática e preservação da ordem pública, respectivamente. Tais objetivos convergem na direção de outro maior — a pacificação social por todos almejada, cuja efetivação demanda a conjugação de esforços.

6.9.2 Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro

Tem-se, então, que no modelo brasileiro não há divisão rígida, insuperável, entre as funções de investigação e acusação, de modo que ambas podem ser exercidas com

[45] A concepção de imparcialidade merece cuidados e deve afastar posições ingênuas a respeito da natureza humana. Neste sentido, a imparcialidade do Ministério Público, e de outros órgãos afins, deve ser compreendida em cotejo com a legalidade inerente às funções públicas. Por isso, alegações de impedimento de membros do Ministério Público nas ações em que realizaram diligências não são procedentes na jurisprudência pátria. Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se o julgado: RHC 8106/DF (1998/0089201-0). Rel. Min. Gilson Dipp. "Ementa: CRIMINAL. RHC. ABUSO DE AUTORIDADE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. COLHEITA DE ELEMENTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. LIMINAR CASSADA. RECURSO DESPROVIDO. Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento da peça acusatória. A simples participação na fase investigatória, coletando elementos para o oferecimento da denúncia, não incompatibiliza o Representante do *Parquet* para a proposição da ação penal" (*DJ*, 04 jun. 2001).

responsabilidade pelos membros do Ministério Público. Isso não afasta a concepção segundo a qual aos órgãos é dada uma função precípua a ser devidamente exercida. No caso da instituição ministerial, reconhece-se como precípua a função acusatória desde que entendida, reitere-se, no contexto do Estado Democrático de Direito (a função acusatória não pode ser exercitada a qualquer custo, eis que o membro do *parquet* é, antes de tudo, o fiscal da ordem jurídica e, portanto, da Lei e da Constituição). A investigação pode ser entendida como atividade típica da polícia judiciária, mas nem por isso exclusiva.

É evidente que a apuração de infrações penais requer uma série de ações que podem se manifestar no bojo de procedimentos variados, dentre os quais o inquérito policial é o mais comum. Mais comum, porque nem todos os procedimentos de investigação criminal preliminar substanciam inquéritos policiais. Cumpre ter clareza quanto a isso.

Não se resolve o problema que constitui objeto do presente texto a partir da definição do titular do inquérito policial. Ora, é inegável que tal procedimento integra a esfera das atividades da polícia judiciária. A questão de fundo é outra — diz respeito à legitimidade do Ministério Público, através de seus próprios procedimentos, realizar, em determinadas circunstâncias muito bem justificadas, diligências investigatórias que venham a subsidiar a formação da convicção a propósito da necessidade de provocação da jurisdição penal.

É preciso afastar argumentos apaixonados que desconfiam de uma equivocada pretensão do Ministério Público de substituir-se à polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos policiais, pois não é disto que se trata. Não há substituição dos órgãos encarregados da investigação criminal. A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial.

Exercer a função de polícia judiciária não significa exclusivamente realizar inquéritos policiais, pois supõe outras atividades (apoio ao Poder Judiciário para cumprimento de decisões liminares ou definitivas, promoção da segurança de magistrados e funcionários da Justiça ameaçados em razão de suas funções etc.). De outra banda, o inquérito policial — uma das formas de investigação de infrações penais — constitui procedimento típico da polícia judiciária.

Além dos inquéritos policiais, diligências investigatórias podem ser realizadas no contexto de diversos outros procedimentos promovidos por órgãos do Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o caso do procedimento fiscal da Receita Federal para investigação do delito de sonegação fiscal,[46] das diligências do COAF na apuração de "lavagem" de dinheiro,[47]

[46] Lei nº 8.137/1990: "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...] V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. [...] Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V".

[47] Lei nº 9.613/1998: "Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. [...] §3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. Art. 15. O COAF comunicará

do inquérito judicial,[48] das diligências das Comissões Parlamentares de Inquérito,[49] da investigação de prática de crime por magistrados realizado pelo próprio Poder Judiciário.[50] Portanto, as hipóteses de investigação criminal preliminar não se resumem aos inquéritos policiais, não constituindo, por isso mesmo, atividade exclusiva da polícia judiciária.

Afirmar que à polícia judiciária incumbe presidir o inquérito policial nada acrescenta ao debate, já que o Ministério Público, quando promove certas diligências investigatórias, não o faz mediante instauração de inquérito policial. Não há que se falar, portanto, em usurpação de competência. Trata-se, antes, de cooperação entre instituições para a consecução de objetivo comum, qual seja, diminuir a impunidade na seara mais delicada do contexto jurídico, que é a criminal.

Cooperação é imperativo constitucional[51] decorrente de diversas disposições constitucionais, inclusive da interpretação hodierna do princípio da separação de poderes. Sobre este ponto, leciona Konrad Hesse:

> Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal — limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos.[52]

às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito".

[48] Decreto-Lei nº 7.661/1945: "Art. 103. Nas vinte e quatro horas seguintes ao vencimento do dobro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem os seus créditos (art. 14, parágrafo único, nº V) *o síndico apresentará em cartório, em duas vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis*. §1º Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, nº V), e quaisquer documentos, concluirá, se for caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligência destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal. §2º As primeiras vias da exposição e do laudo e os documentos formarão os autos do *inquérito judicial* e as segundas vias serão juntas aos autos da falência" (grifos nossos). Regimento Interno do STF: "*Art. 42*. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário. *Art. 43*. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. *Art. 44*. A polícia das sessões e das audiências compete ao seu Presidente. *Art. 45*. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante as normas próprias".

[49] Conferir art. 58, §3º da Constituição Federal: "As *comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores" (grifos nossos).

[50] Lei Complementar nº 35/1979: "Art. 33. São prerrogativas do magistrado: [...] IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; [...] Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação".

[51] Não só no Brasil, mas também em outros países, por exemplo, os europeus que adotaram a Recomendação REC (2000)19, que dispõe: "15. A fim de favorecer a equidade e eficácia da política criminal, o *MP deve cooperar com departamentos e instituições do Estado*, na medida em que isso esteja de acordo com a lei. [...] 23. *Os Estados onde a polícia é independente do Ministério Público devem tomar todas as medidas para garantir que haja uma cooperação adequada e eficaz entre o Ministério Público e a Polícia*" (grifos nossos).

[52] HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 369.

Cumpre cotejar a hermenêutica até aqui desenvolvida com as normas constitucionais de regência da matéria a fim de que nem mesmo aos mais apegados à literalidade textual reste dúvida sobre a legitimidade das investigações realizadas pelo Ministério Público.

6.10 Competência constitucional e Ministério Público

O sistema constitucional, como se sabe, comporta normas explícitas e também implícitas, todas dotadas de idêntica hierarquia normativa. O arranjo das competências dos órgãos públicos não escapa a esse panorama. Tanto é assim que, tratando da repartição horizontal de competências, a doutrina reconhece que a União dispõe de competências expressas e implícitas, sendo as últimas, em geral, vinculadas aos meios necessários para o devido exercício das primeiras.

Trata-se de reforçar a ideia de que a efetividade da Constituição está ligada, entre outros fatores, à interpretação que possibilite uma compreensão do sistema constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito. Significa não congelar o conteúdo normativo no tempo ou no espaço (no texto literal dos dispositivos). Com toda propriedade, ensina Hesse:

> [...] em casos, para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão. Onde nada de unívoco está querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada, senão, quando muito, uma presumida ou fictícia e, sobre isso, também todas as fórmulas de embaraço como, por exemplo, aquela da "obediência pensante" do intérprete não são capazes de ajudar a superar.[53]

Esta construção do direito constitucional não gera controvérsia digna de atenção nas mais autorizadas doutrina e jurisprudência. Curioso, então, ignorá-la ou confrontá-la para recusar ao Ministério Público as competências instrumentais indispensáveis para operar, do modo mais eficiente e dentro da legalidade, as suas atribuições expressas, em particular a consistente na promoção da ação penal. Ele, afinal, é o *dominus litis*. Ora, a delimitação da esfera de atribuições constitucionais do Ministério Público não pode ser desdenhada ignorando-se a particularidade, razão pela qual doutrina e jurisprudência coerentes conferem à instituição a função de, em determinadas circunstâncias, realizar investigação preliminar criminal para melhor decidir acerca da necessidade de provocação da jurisdição criminal.[54]

---

[53] HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 57.

[54] Ilustra-se com o seguinte julgado do STJ: Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13.72/SP (2002/0161350-0), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.04.2004. "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. 1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da *resposta penal*, cuja efetividade atende a uma necessidade social. 2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o art. 144 da Constituição da República que 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio'. 3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. *Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação*

Desde outra parte, tem sido alegado em proveito da tese da ilegitimidade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público que, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a apuração de infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia judiciária. Diante disso, restaria configurada uma indébita invasão de competência por parte do Ministério Público. Ocorre que, *in casu*, parte-se de premissa superável sobre o preceito constitucional invocado.

Transcreve-se o texto normativo:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da união ou de suas atividades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, *com exclusividade*, as funções de polícia judiciária *da União*. [...] §4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, *incumbem, ressalvada a competência da União*, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (grifos nossos)

Percebe-se que há uma distinção no texto, correta ou não, entre as funções de apuração de crimes e polícia judiciária. Diante disso, ressalva-se que, ao tratar da polícia federal, o Constituinte só reservou a exclusividade quanto à função de polícia judiciária, e não quanto à apuração de crimes. Em relação à polícia civil, a diferenciação também se manifesta, como se percebe pela leitura do §4º do art. 144 da Constituição Federal.

Levando a cabo a interpretação do dispositivo em questão, resta assentado que à polícia federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União, ou seja, não há exclusividade quanto à apuração de crimes e a exclusividade referida se opera em relação ao âmbito de atuação das funções de polícia judiciária — federal — em contrapartida ao das polícias civis. Assim, não há exclusividade constitucionalmente garantida aos órgãos que exercem função de polícia judiciária para a apuração de infrações criminais.

Por outros fundamentos também não se justifica uma atribuição exclusiva à polícia judiciária da função investigatória. Ilustra-se com o entendimento esposado no elucidativo julgado do recurso ordinário em HC nº 13.728-SP de lavra do Min. Hamilton Carvalhido do Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai o seguinte trecho:

> 4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função *exclusiva* da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia

---

da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana" (grifos nossos).

> Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa *função de polícia judiciária* — qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário —, não se identifica com a *função investigatória*, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, *verbis*: "*§4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*." Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas *sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.* 5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção. 6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal. 7. "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia". 8. Recurso improvido. (Súmula do STJ, Enunciado nº 234, HC nº 24.493/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ*, 17 nov. 2003)

Não é outra a conclusão decorrente da interpretação do dispositivo constitucional senão a de que a exclusividade conferida à polícia federal se dá apenas em relação a outros órgãos policiais,[55] e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais. Frise-se que não se pretende aqui restringir a interpretação constitucional à técnica gramatical, olvidando os métodos mais festejados de otimização dos preceitos superiores. Assim, nem mesmo a regra da exclusividade da polícia federal deve ser entendida de forma absoluta.[56]

Ainda que se entenda que a separação entre as funções de polícia judiciária e de apuração de crimes decorra de censurável técnica legislativa — o que parece ser correto

---

[55] Neste sentido conferir Streck e Feldens: "Logicamente, ao referir-se à 'exclusividade' da polícia Federal para exercer funções 'de polícia judiciária da União', o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil 'apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas' (art. 144, §1º, I), pois que, no espectro da 'polícia judiciária', tal atribuição está reservada à Polícia Federal" (STRECK; FELDENS. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, p. 93).

[56] Lembra-se aqui os objetivos do Conselho Nacional de Segurança Pública estabelecidos no Decreto nº 7.413, de 30 de dezembro de 2010: "Art. 1º O Conselho Nacional de Segurança Pública – CONASP, órgão colegiado de natureza consultiva e deliberativa, que integra a estrutura básica do Ministério da Justiça, tem por finalidade, respeitadas as demais instâncias decisórias e as normas de organização da administração pública, formular e propor diretrizes para as políticas públicas voltadas à promoção da segurança pública, prevenção e repressão à violência e à criminalidade, e atuar na sua articulação e controle democrático. Parágrafo único. A função deliberativa está limitada às decisões adotadas no âmbito do colegiado. Art. 2º Ao CONASP compete: I - atuar na formulação de diretrizes e no controle da execução da Política Nacional de Segurança Pública; [...] *III - desenvolver estudos e ações visando ao aumento da eficiência na execução da Política Nacional de Segurança Pública*; [...] VII - estudar, analisar e sugerir alterações na legislação pertinente; e *VIII - promover a integração entre órgãos de segurança pública federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais*" (grifos nossos).

— e que a titularidade da primeira engloba a segunda, não se poderia concordar com a impossibilidade de qualquer outro órgão público exercer excepcionalmente atividades enquadradas na função de polícia judiciária. Tanto é verdade que nem mesmo os resistentes mais empedernidos podem olvidar o que está disposto expressamente no Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. *A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*. (grifos nossos)

Apenas por hipótese, ainda que o dispositivo conferisse literalmente à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais em quaisquer circunstâncias, não feriria a harmonia da ordem constitucional a previsão, explícita ou implícita, de outro órgão dotado de semelhante atribuição. A explicação é simples, exigindo, apenas, compromisso com a concretização da Constituição — as normas constitucionais formam um sistema onde a dotação absoluta de sentidos cede passo a uma relativização tributária da otimização no quadro de inter-relação dinâmica em que se encontram os órgãos constitucionais, atravessados pelos valores, bens, interesses e objetivos (positivados) da sociedade plural.

É fato que o sistema é textualmente formulado por legisladores e não por exímios técnicos em redação jurídica, razão porque não é de se estranhar que exceções a prescrições constitucionais apresentem-se em catálogos ou lugares normativos distintos, demandando sensibilidade e atenção do intérprete. Neste passo, não é prudente afirmar que o sentido de determinada disposição isolada é absoluto, ainda que nela sejam utilizados termos delicados como "sempre", "nunca", "privativo", "exclusivo" etc. Exemplo disso é a clara incumbência exclusiva da ação penal pública (art. 129, I)[57] conferida ao Ministério Público, pela Constituição Federal, e a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX).[58]

Verdadeiramente, a Constituição Federal não conferiu à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais. Pode-se afirmar a exclusividade do inquérito policial, mas este não se apresenta como o único procedimento dirigido à apuração de infrações penais.

Neste sentido pronunciou-se a ilustre Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz no voto referente ao Recurso Ordinário em HC nº 12.871-SP, de sua relatoria, julgado em 13.04.2004:

> Verifica-se, pois, que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública. *Ademais, dispensável dizer que a polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. De fato, o próprio Código de Processo Penal é claro ao dizer, no parágrafo único do seu art. 4º, que*

[57] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

[58] "Art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal".

> *a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Exemplos disso são as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; o inquérito judicial presidido pelo juiz de direito da vara falimentar; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43), entre inúmeros outros*. Por fim, cumpre ressaltar que, como se sabe, a atuação do Parquet não está adstrita à existência do inquérito policial, podendo este ser dispensado, na hipótese de já existirem elementos suficientes para embasar a propositura da ação penal. (grifos nossos)

6.11 Autorização constitucional – Legitimidade do poder investigatório do Ministério Público

É de fazer o resumo da ópera — os argumentos contrários à investigação criminal preliminar providenciada pelo Ministério Público convergem para a tese da ausência de autorização expressa na Constituição para tanto. Um olhar atento sobre as atribuições da instituição ministerial na Constituição exige enfrentar, no entanto, a cláusula de abertura que dispõe *explicitamente* que o Ministério Público poderá, de acordo com o art. 129, IX, da CF, realizar outras funções compatíveis com sua finalidade que a ele forem conferidas.

Nem mesmo uma interpretação literal, histórica e restritiva das funções institucionais do Ministério Público poderia, sem quedar em erro grosseiro, afirmar que as atribuições prescritas no art. 129 da Constituição Federal são taxativas. Claro que a cláusula de abertura não é ilimitada, seja do *ponto de vista negativo* (há restrições quanto à representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas), seja do *ponto de vista positivo* (a função que não está expressa deve ser adequada à finalidade do Ministério Público).

Em decorrência da disposição constitucional foi promulgada a Lei Complementar nº 75 de 1993 que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União, contemplando expressa autorização para a realização de inspeções e diligências investigatórias.[59]

A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A Lei Complementar nº 75 de 1993 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser deduzido a partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar.

Em que pesem as mais singelas técnicas de concretização constitucional e a patente instrumentalidade do procedimento investigatório para o exercício da ação penal revelarem a constitucionalidade da legislação de regência da matéria, importa demonstrar a compatibilidade da atividade com a finalidade do Ministério Público.

A atividade de investigação tem clara natureza preparatória para o juízo de pertinência da ação penal, de modo que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, por ele é providenciada a fim de formar sua convicção de acordo com os

[59] "Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o auxílio de força policial".

elementos colhidos.[60] Sendo a investigação conduzida através de inquérito policial ou por outro meio, a finalidade é a mesma, porém, o deslinde não, já que a qualidade da investigação é determinante para a formação do juízo do titular da ação penal. Diante disso, parece lógico que, dispondo de meios apropriados e recursos adequados, a atuação do membro do Ministério Público não deve ser, em todos os casos e circunstâncias, *limitada* pela atuação da polícia judiciária. É que o limite, em última instância, pode significar o sequestro da possibilidade de propositura da ação penal. E nem se afirme que o controle externo da atividade policial seria suficiente para remediar a possibilidade. Necessária e acertadamente externo, o controle possui fronteiras. Pode implicar possibilidade de emergência de censura à eventual desídia, mas nunca solução ao específico caso que, diante da dificuldade de encaminhamento do inquérito, produziu reduzida possibilidade de êxito na propositura da ação penal. Em semelhante hipótese, sequer a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito ou de diligências investigatórias, no limite, pode se apresentar como solução para o impasse, eis que o órgão ministerial, titular da ação penal, sem poder interferir *diretamente* na ação policial, não dispõe de instrumentos, a não ser reflexos (controle externo), para garantir a *qualidade* das diligências providenciadas em virtude de requisição. A autoridade policial tem, com o inquérito policial, meios para *auxiliar* o *parquet* na promoção da ação penal, mas se, em virtude de hermenêutica menos elaborada, lhe for atribuída a exclusividade da investigação preliminar criminal, terá também, e certamente, um meio para *limitar* sua função, o que importa em risco (sendo, na *sociedade de risco*, ainda mais grave e incompreensível) para o Estado Democrático de Direito.

O atendimento do requisito de compatibilidade com a finalidade institucional transparece, então, já diante da primeira das funções do Ministério Público prevista pela Constituição, qual seja, a promoção da ação penal de iniciativa pública, com a qual estabelece clara vinculação.[61] A compatibilidade pode ser certificada, ademais, com a previsão de atribuição expressa da função investigatória ao Ministério Público em diferentes diplomas normativos. Dentre as passagens encontráveis no ordenamento jurídico vigente, cite-se, entre outras, o preceituado no art. 201, VII, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)[62] e art. 74, VI da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)[63] para instauração de sindicâncias, de natureza nitidamente criminal.

---

[60] "Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública — atividade fim —, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando" (LOPES JUNIOR. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 264).

[61] Cf. LIMA. *Ministério Público e persecução criminal*; MAZZILLI. *Regime jurídico do Ministério Público*; MIRABETE. *Processo penal*; STRECK; FELDENS. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público; LOPES JUNIOR. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*.

[62] "Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica. Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes; [...] VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas; VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude".

[63] "Art. 74. Compete ao Ministério Público: [...] V - instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo: a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem

6.12 Investigação criminal, Ministério Público e devido processo legal

Um último argumento merece ainda ser enfrentado. Trata-se da afirmação segundo a qual os procedimentos investigatórios levados a cabo pelo Ministério Público são inconstitucionais porque ferem o princípio do devido processo legal e as garantias daí decorrentes.

Antes de mais nada é preciso lembrar que o Constituinte conferiu aos membros do Ministério Público a garantia da independência funcional — similar à dos juízes — não apenas para a atuação profissional livre de pressões, mas também para que pudessem não acusar quando fundamento jurídico para tanto não existisse. Este aspecto da instituição ministerial representa garantia para o Estado e, principalmente, para os cidadãos.

As garantias constitucionais não podem, nem devem, ser afastadas na investigação criminal realizada por membros do Ministério Público tanto quanto na realização do inquérito policial. Isso para se dizer o mínimo, já que, como sabido, o descrédito das instituições policiais (nem sempre justo, é verdade!) tem pesado muito no juízo de justiça do cidadão comum, a ponto de conferir um *plus* de legitimidade ao procedimento realizado pelo *parquet*.[64] Mas aqui, convém citar Luís Roberto Barroso,[65] segundo o qual as vicissitudes pelas quais passa a polícia devem ser tributadas menos às qualidades ostentadas pelos seus integrantes, e mais ao contexto no qual operam suas funções. Por isso, não é demais imaginar que, eventualmente, um Ministério Público transformado em polícia possa conduzir os seus membros a experimentarem semelhantes contingências e demonstrações de fragilidade moral. Não se fala, portanto, da qualidade intrínseca das instituições em tela ou dos seus membros, e mais do lugar, mais seguro ou mais suscetível aos apelos da vantagem injustificável, no qual necessariamente transitam durante o desenrolar de suas atividades. Aqui, sim, a real compreensão do problema robustece, ao contrário de enfraquecer, a solução defendida neste texto. Se a sedução é real, e tão real que as próprias forças armadas são reticentes quanto à utilização de seu corpo no campo da segurança pública em vista dos riscos que tal atividade oferece à integridade moral da tropa, melhor que as interferências recíprocas entre os órgãos estatais, o intercruzamento de objetivos, a cooperação necessária, ajustem as condutas dos agentes públicos e a atuação dos órgãos, tudo com o fito de melhor facilitar a vida em sociedade e a proteção dos valores constitucionalmente tutelados. Sem se transformar em polícia, portanto, porque não é disso que se trata, é justificável, à luz de argumentos racionais deduzidos do texto constitucional, a ação investigatória do Ministério Público, em particular nos casos especialíssimos e mesmo naqueles nos quais, diante do material probatório já colacionado, em face do encaminhamento por outros órgãos públicos ou de investigação de outra natureza que não criminal (*v.g.*, improbidade administrativa ou matéria ambiental ou vinculada ao direito do consumidor ou da criança e adolescente

---

como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; VI - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso".

[64] A confiança da comunidade na instituição ministerial é verbalizada com a autoridade de Paulo Bonavides: "Sem embargo de quantos obstáculos lhe foram postos pelo Executivo ao legítimo exercício de seu papel essencial à conservação do sistema constitucional, a instituição vanguardista do combate à corrupção cresceu, conforme já mostramos, na estima dos cidadãos, na opinião comum, na fé pública. Cresceu como nenhuma outra neste País" (BONAVIDES. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, p. 58).

[65] BARROSO. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*.

ou do idoso etc.) não se justifique a instauração de inquérito policial, eis que singelas ou poucas, embora complexas, diligências complementares são suficientes para a formação da convicção a propósito da necessidade ou não da propositura da ação penal.

A possibilidade de desvirtuamento da competência investigatória por membros do Ministério Público e consequente lesão a direitos e garantias fundamentais não justifica a proscrição de seu exercício pela simples razão de que falhas humanas podem acontecer e acontecem no ambiente de qualquer instituição. As distorções devem ser prevenidas, corrigidas ou punidas no plano concreto, seja internamente através de instâncias superiores ou fiscalizadoras, seja externamente através da atividade jurisdicional em cada caso. O excesso no manejo de competências constitucionalmente assinaladas, expressamente ou não, é um risco inerente ao exercício das funções públicas, cuja gravidade não justifica a irracionalidade do arranjo hermenêutico limitado, perigoso e materializador do monopólio titularizado por determinado órgão. Ao contrário, trata-se antes de, aceitando a interpretação mais condizente com os desafios projetados em nosso tempo e, por isso mesmo, ajustada com as *démarches* por essa temporalidade requeridas, reclamar a satisfação dos direitos do homem no sítio investigatório. Neste ponto, avulta a importância dos Procuradores-Gerais, autoridades necessárias para, sem risco de quebra do princípio constitucional da *independência funcional*, condensar os parâmetros norteadores da atividade, tudo em prol da efetivação de outro princípio constitucional por vezes esquecido — o determinante da unidade do Ministério Público. A unidade, para além do sentido clássico, neste novo momento constitucional, haverá de significar também o delinear de parâmetros mínimos necessários para a ação ministerial, ação pautada, antes de tudo, pela obediência aos cânones da legalidade e, também, da racionalidade controlável e justificável, tudo no contexto de uma coerência consensual e coletivamente construída no âmbito de cada carreira, a partir da provocação dos Procuradores-Gerais. A ideia da independência funcional não prescinde do sentido, das diretrizes necessárias para dotar a instituição de coerência, ainda que consensualmente construída. O Ministério Público haverá de agir como orquestra e não como coletivo despido de organicidade no qual, sem regente, cada um toca a música de sua predileção com o instrumento que bem entender. Avultam, igualmente, neste caso, o papel do legislador e do CNMP, que poderão também, comprometidos com a integral realização da Constituição, cuidar do assunto no momento mais oportuno. Fala-se, aqui, de *meios* para melhor definir os *limites* da investigação levada a termo pela autoridade ministerial, especialmente para ajustá-los aos demais valores, regras e princípios dotados de dignidade constitucional. Está-se, aqui, todavia no campo das medidas cuja ausência não importa, em absoluto, a supressão ou a paralisação da eficácia do conjugado normativo que, corretamente interpretado, confere ao *parquet* atribuição de natureza investigatória.

Afinal, a apuração das infrações penais, antes de constituir atribuição deste ou daquele órgão público, reveste-se da característica inafastável de matéria de interesse coletivo que deve ser eficazmente concretizado. Isso reclama frentes de trabalho múltiplas e não a compressão, mediante este ou aquele artifício doutrinário, da importante atividade de combate à criminalidade. Tal entendimento guarda consonância com a diretiva constitucional da colaboração entre as entidades estatais, repise-se, razão a mais para não serem repelidas as diligências investigatórias do Ministério Público.

Sabe-se que a investigação criminal preliminar deve servir como um "filtro" através do qual somente passarão para o plano jurídico-processual as condutas revestidas de evidente tipicidade. A eficácia desse filtro é garantia para os cidadãos, que não

terão contra si promovidas ações descabidas, e também para o sistema judicial, que não desperdiçará recursos e esforço em processos natimortos. O bom funcionamento deste sistema requer amplo conhecimento, por parte dos encarregados da atividade investigatória, do ordenamento jurídico, especialmente dos princípios constitucionais, e sensibilidade quanto ao problema do abarrotamento dos órgãos judiciais. Este é mais um motivo para se creditar ao Ministério Público a realização direta e pontual de diligências investigatórias.

6.13 Conclusão

Confiar, em função de uma operação hermenêutica singela, o *monopólio* da investigação criminal preliminar a um único órgão, no caso a polícia judiciária, equivale a colocar uma pá de cal nos avanços que a cooperação e, o compartilhamento de tarefas tem possibilitado. O país tem avançado. A instituição ministerial tem acertado mais do que errado. As eventuais falhas podem ser corrigidas pela ação concertada dos membros do Ministério Público ou em virtude da manifestação do CNMP ou do legislador. O modelo, todavia, haverá de ser preservado.

A Constituição de 1988 desenha o novo Estado brasileiro a partir de um nítido perfil democrático, desafiando, para o que aqui interessa, a correta compreensão das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa. Neste caso, o modelo adotado não é mais o das atividades radicalmente apartadas, mas, antes, o da cooperação, o das interferências, o da interpenetração e, mesmo, em determinados casos, o do compartilhamento. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma *teoria constitucionalmente adequada* ao nosso espaço-tempo, infere-se, inegavelmente, a possibilidade, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da *razão pública*, das investigações de natureza criminal, conduzidas pelo Ministério Público. Afinal, o inquérito policial, este sim instrumento exclusivo da autoridade policial, não consome todas as hipóteses de investigação. Trata-se, com efeito, de apenas uma delas, sendo certo que as investigações, mesmo com repercussão criminal, podem ser desenvolvidas das mais variadas formas no contexto da normativa constitucional vigente. Cumpre, portanto, reconhecer o fato e dele extrair a inevitável consequência — sim, o Ministério Público, autorizado pela Constituição Federal, pode, quando haja fundamento para tanto, conduzir investigações criminais. A discussão que haverá de ser travada, portanto, não envolve a *possibilidade*, mas, sim, os *limites* da atividade.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 213-227, out./dez. 2004. Parecer.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 55-60, jan./jun. 2003.

BURLE FILHO, José Emmanuel. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 146, p. 85-89, abr./jun. 1989.

CARMO, Glauber S. Tatagiba do. A defesa da constituição pelos poderes constituídos e o Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 205-219, jul./set. 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório. *Revista Atualidades e Tendências*, São Paulo, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. O Ministério Público na organização constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n. 84, p. 167-196, out./dez. 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 240-258, jan./mar. 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. O Ministério Público como guardião da cidadania. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, n. 14, p. 113-133, jan./jun. 1996.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O novo Ministério Público brasileiro*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Apontamentos sobre o regime jurídico-constitucional do Ministério Público e da Advocacia Pública: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 17-24, jul./set. 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 93-100, jan./mar. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a sindicalização de membros do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 147, p. 60-63, jul./set. 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Processo civil e interesse público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões atuais de Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 698, p. 31-37, dez. 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MESQUITA, Paulo Dá. Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização de investigação criminal). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, p. 137-149, abr./jun. 2000.

MILARÉ, Édis; MAZZILLI, Hugo Nigro; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. O Ministério Público e a questão ambiental na constituição. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 131-a, p. 45-57, set. 1985. Edição especial.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. Garantias do Ministério Público em defesa da sociedade. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 174, p. 88-94, abr./jun. 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão*: temas de direito político e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Ministério Público: deveres constitucionais da instituição face a situações de insegurança pré-crítica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 30, p. 78-85, jan./mar. 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, n. 304, out./dez. 1988.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ministério Público e poder investigatório criminal. *Revista do Ministério Público*, n. 1, jan. 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la mèthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. *In*: MILARÉ, Edis. (Org.). *Ação Civil Pública*: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. *In*: MAIER, Julio B. J. *et al. El Ministerio Público en el processo penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VALLADÃO, Alfredo. *Ministério Público*: quarto poder do Estado, e outros estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARTE III

ESTADO FEDERAL, PODER LEGISLATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PÁGINA EM BRANCO

O ESTADO BRASILEIRO

ALGUMAS LINHAS SOBRE A DIVISÃO DE PODERES NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988[1]

1.1 Introdução

A análise da forma do Estado brasileiro pode conduzir a duas leituras: uma federalista e outra centrípeta. Um simples olhar sobre a Lei Fundamental lembrará a sentença de Marx a respeito das declarações burguesas de direitos humanos:[2] *cada direito expresso ou reconhecido é desmentido, logo adiante*. Assim é com a Carta Constitucional brasileira no que se refere à Federação. Cada afirmação da autonomia do Estado-Membro implica outra que a limita, restringe ou desmente. Talvez por isso alguns juristas[3] chegam a afirmar que o Brasil não é mais do que foi durante o Império, após o Ato Adicional de 1834, que concedeu uma relativa autonomia política para as, então, Províncias:[4] um Estado Unitário descentralizado.[5] Ora, esta suposição, quando relativizada suficientemente, é tão legítima quanto a que vê em nosso País a arquitetura de um autêntico Estado Federal. Importa, contudo, encarar a divisão espacial do poder enquanto processo dinâmico animado pelas forças[6] que dominam a cena política. O

---

1 Este texto, escrito com a Procuradora Regional da República Marcela Moraes Peixoto, foi publicado na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 104, p. 21-42, 1989. Também foi publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 289-304, 1991.

2 "Pois cada parágrafo da Constituição encerra sua própria antítese, sua própria Câmara Alta e Câmara Baixa, isto é, a liberdade na frase geral, ab-rogação da liberdade na nota à margem" (MARX. O *18 brumário de Luis Bonaparte*, p. 34).

3 Paulo Bonavides chega a afirmar que: "O que existe é o Estado unitário de 90 anos, nascido a 15 de novembro de 1889 sobre as ruínas da monarquia. O unitarismo do Império fora incomparavelmente mais verídico e autêntico, na sua projeção histórica, do que aquele trazido pela distorção republicana de 89" (BONAVIDES. O caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*).

4 Com efeito, o Ato Adicional de 1834 concebeu uma relativa autonomia política para as Províncias, podendo as Assembleias locais editar normas com o *status* de lei. Com o advento da República, as antigas Províncias foram transformadas em Estados, por ato do governo provisório, formalizado definitivamente pela Constituição de 1891.

5 Em relação à Alemanha, que padece do mesmo mal, o próprio Hesse a caracterizou como Estado Federal Unitário. Seria uma lástima que nossa experiência federal se encaminhasse para a mesma direção. Cf. HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 183-189.

6 Sobre o assunto, conferir: CLÈVE. *O direito e os direitos*. A partir de uma perspectiva que leva em conta as barganhas pragmáticas, o pacto federativo pode "assumir infinitas formas legais e institucionais dependendo das condições de sua negociação em cada momento e em cada lugar" (FIORI. O federalismo diante do desafio da globalização. *In*: AFFONSO; SILVA. *A federação em perspectiva*). Andreas Krell lembra que: "O dinamismo econômico e social das sociedades modernas faz a eficiência de uma estrutura federativa depender da flexibilidade de suas regras e instituições, que deve criar 'mecanismos de rediscussão permanente da divisão dos recursos e funções' e permitir diversos métodos regionais de coordenação. Em geral, os arranjos federativos tendem a

federalismo brasileiro deve, portanto, ser apreendido a partir de suas duas faces: a face unitária e a face federal. Conforme a relação de forças cristalizada momentaneamente no processo político, privilegiar-se-á o momento federal ou o momento unitário do Estado brasileiro.[7] É evidente que a partir de 1964 e, principalmente, de 1967/69 até a promulgação da nova Constituição, multiplicaram-se as variáveis que reforçam a tendência unitária. Isso muda com o compromisso descentralizante do Constituinte. Nos últimos anos, entretanto, a tendência centrípeta recobra vigor. A observação não desmente a lição de Kelsen, segundo a qual entre o Estado Federal e o Estado Unitário complexo ou descentralizado não há diferença de *natureza*, mas de *grau* de descentralização ou de autonomia.[8]

A distribuição de poder na Constituição vigente suprimiu as variáveis apontadas por Luís Roberto Barroso como "distorções".[9] Ainda vigente a Constituição revogada, restabeleceu-se o princípio do autogoverno mediante a eleição direta dos Governadores e Vice-Governadores de Estado,[10] o princípio da participação[11] dos Estados-Membros no Governo Federal mediante a restauração do processo de eleição direta dos Senadores, suprimindo-se a figura esdrúxula dos Senadores biônicos;[12] e a autonomia política dos Municípios antes considerados de interesse da segurança nacional, com seus mandatários (Prefeitos) nomeados pelos Governadores de Estado mediante autorização do Presidente da República.

A Assembleia Constituinte de 1987/1988 procurou redesenhar o Estado brasileiro. A sociedade reclamava uma distribuição de poderes equilibrada, ainda que mantendo o princípio do federalismo cooperativo[13] contemporâneo do Estado-providência. Isto para ser restabelecido o *princípio da coordenação*, isto é, da relação igualitária entre a União e as unidades federadas. Esse princípio no Direito brasileiro não passava de mito, tantas eram as esferas nas quais os Estados se viam de fato (e não poucas vezes de direito) subordinados à vontade todo-poderosa do poder central. Isso mudou com a nova ordem constitucional. Todavia, como foi antes afirmado, nos últimos anos experimenta-se, novamente, um processo de reconcentração de competências nas mãos da União ultimado pela aprovação de sucessivas Emendas à Constituição que transferem para o poder central competências antes exercidas pelas Coletividades Políticas

---

apresentar dificuldades maiores onde houver desigualdade de pode político entre as unidades e na distribuição da riqueza entre as regiões e os grupos sociais" (*Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*, p. 40).

7 É evidente que a centralização, bem como a descentralização do poder político (e econômico), acompanha também a lógica do capital. As forças sociais dominantes em cada momento histórico são determinantes da forma mediante a qual o Estado se estrutura. Cf. POULANTZAS. *O Estado, o poder, o socialismo.*

8 KELSEN. *Teoria pura do direito*.

9 BARROSO. *Direito constitucional brasileiro*: o problema da federação.

10 EC nº 15, de 19 nov. 1980.

11 EC nº 15, de 19 nov. 1980.

12 Senadores (1/3 das representações estaduais no Senado) eleitos por um processo de votação indireta (Colégio Eleitoral), processo este imposto pelo Presidente da República de modo arbitrário visando, casuisticamente, à manutenção da maioria do governo na casa senatorial. Essa medida, tomada com base no Ato Institucional nº 5, entre outras igualmente autoritárias, constituiu a Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977.

13 Sobre a Cooperação intergovernamental no Estado brasileiro, entre outras obras, conferir: HORTA. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*; FAGUNDES. Novas perspectivas do federalismo brasileiro: a expansão dos poderes federais. *Revista de Direito Público*; KRELL. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*; LÔBO. Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*; BERCOVICI. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*; ABRUCIO. Descentralização e pacto federativo. *Cadernos da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP*; ARAÚJO. *O condomínio legislativo:* um estudo sobre a possibilidade de aplicação do princípio de subsidiariedade na repartição de competências legislativas concorrentes entre a União e os Estados-membros prevista na Constituição Federal brasileira de 1988.

regionais ou locais. O processo é reafirmado pela vocação centralizadora do legislador federal, descumprindo, além do mais, o Senado o seu papel de câmara de ressonância dos interesses dos Estados. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem seguido uma linha igualmente pouco comprometida com a ideia de subsidiariedade, própria do federalismo, em sua jurisprudência.[14]

Também o *princípio da participação* estadual no Governo Federal merecia ser reforçado. Antes o Presidente da República encarnava o Estado Federal, detendo uma competência tão extensa que acabava por quase monopolizar as decisões de maior relevo,[15] restando para o Congresso Nacional o exercício de um papel secundário, incompatível com o federalismo. Ora, o Presidente era eleito por um Colégio Eleitoral formado pelos componentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e por delegados das Assembleias Legislativas estaduais, o que pode indicar a participação da vontade dos Estados na escolha do chefe do Estado Federal. Depois, esse sistema de eleição indireta cedeu lugar, ainda na vigência da Constituição revogada, a um sistema de eleições diretas para a presidência, o que implica a manifestação da vontade das populações dos Estados-Membros. Mas isso não é suficiente para a efetivação da regra da participação estadual. Faz-se necessário o crescimento das funções do Legislativo federal, onde tem lugar o Senado da República, órgão de ligação entre a vontade do poder central e a dos poderes locais. A Constituição de 1988 aumentou as matérias de competência do Senado (art. 52) e restabeleceu a ideia da participação. Há dúvidas, porém, quanto ao restabelecimento do princípio da coordenação.

Coordenação e participação, estes dois pilares do federalismo não subsistem sem a democracia. A história das instituições políticas brasileiras demonstra que por ocasião dos golpes, das ditaduras e dos regimes de exceção sofria o Estado Federal. Alguns autores atribuem o eterno mimetismo do federalismo brasileiro à sua origem.[16] De fato, nossa Federação não nasceu, como a americana, a partir das autonomias locais reivindicantes, mas antes de um processo decidido pelo poder central. Não se crê, porém, que a origem influencie de maneira decisiva os destinos da distribuição espacial do poder no Brasil. Como a história pátria demonstra, a questão federal na república tem sido companheira da democrática. Com democracia, há relativa autonomia estadual e nunca o contrário. Bem por isso, a nova Lei Fundamental criou a expectativa do renascimento das práticas federativas em nosso País.

Cumpre tratar do terceiro princípio indispensável à configuração do Estado Federal: o princípio da autonomia do Estado-Membro. O cerne do princípio reside na distribuição de poderes contemplada na Constituição.[17] Sem uma repartição constitucional de tarefas, que atribua às unidades federadas um mínimo irredutível de

---

[14] Sobre o olhar do STF, conferir especialmente: MAUÉS. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). *In*: ROCHA; MORAES (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, p. 65-85.

[15] No limite, esta era a teoria defendida por Carl Schmitt, que exponencializou o papel ocupado pelo chefe do executivo. Cf. SCHMITT. *O guardião da Constituição*. Ronaldo Porto Macedo Jr. lembra que, para Schmitt: "O pluralismo policrático do Estado Federal moderno conduz à falência do Estado Legislativo e à crise do Parlamento enquanto órgão capaz de decidir" (*Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, p. 64).

[16] BONAVIDES. O planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo das regiões. *In*: BONAVIDES. *Reflexões*: política e direito, p. 81. Em função da origem de nosso Estado Federal, entre nós, federalista é alguém que simpatiza com a solução descentralizante, ao contrário dos Estados Unidos, onde os federalistas apontam para a necessidade do fortalecimento do governo central. Foi o caso de Hamilton, por exemplo. Cf. HAMILTON; MADISON; JAY. *O federalista*.

[17] Cf., sobre o tema: BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 281-295. Também TEMER. *Elementos de direito constitucional*, p. 57-116.

competências, não há federação. Antes de cuidar da distribuição de competências na Constituição Federal, é importante considerar as técnicas jurídicas delimitadoras dos campos de atuação dos governos estaduais e central.[18]

1.2 Técnicas de distribuição constitucional de competências

São os seguintes os modelos ideais mais conhecidos: (i) atribuição de poderes enumerados à União, sendo os remanescentes dos Estados-Membros (técnica adotada pelos Estados Unidos da América e pela Suíça); (ii) atribuição dos poderes enumerados aos Estados-Membros e dos remanescentes à União (técnica preferida pelo Canadá) e (iii) atribuição de poderes enumerados para as duas esferas do governo (técnica jurídica adotada pela Índia).[19] Fala-se em modelos ideais porque as técnicas de repartição de competência apresentam inúmeras variações, algumas delas introduzidas de modo informal pela experiência histórica e diante da releitura da Constituição operada ao largo do tempo.

A Constituição de 1891 adotou o primeiro modelo como base para a arquitetura federativa. A Constituição segue apenas em parte o mesmo arranjo, enumerando as competências da União e garantindo aos Estados os poderes remanescentes. É o que estipula o §1º do art. 25 da Constituição Federal: "são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição". O nosso modelo atual é, entretanto, bastante complexo, como se terá oportunidade de ver. Por exemplo, em matéria tributária, a técnica adotada, desde a Constituição revogada, é a da enumeração, para os três[20] níveis de governo, dos casos que autorizam o poder de tributar, ressalvada a competência residual da União.[21]

Alguns autores insistem que da técnica adotada decorre uma maior ou menor autonomia para as unidades federadas. Parece que a hipótese não é totalmente verdadeira. Não é a técnica adotada, mas o grau de assimetria ou simetria entre as forças atuantes na cena política que oferecerá o quadro a partir do qual uma maior ou menor centralização se manifestará. Note-se que o Brasil vem utilizando, em geral, o mesmo critério de base desde a implantação da República Federativa. De uma federação de caráter dualista, na qual as esferas de governo comportavam-se como mônadas isoladas,

---

[18] Sobre a federação, consultar: RANIERI. Sobre o federalismo e o estado federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 87-98; HORTA. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 5-20; HORTA. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 7-19; BARACHO. A federação e a revisão constitucional: as novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras: a cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 16-26; SUNDFELD. Sistema constitucional das competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 272-281; GROTTI. A federação brasileira como forma de descentralização do poder. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, p. 130-134; ROCHA. *República e federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira; CAMBI. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na federação brasileira. *Revista de Processo*, p. 244-261; FARIAS. Federação brasileira e americana: breve estudo de direito comparado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, p. 161-197; FERRARI. A repartição de competências na federação brasileira e a estabilidade do servidor público municipal. *Revista dos Tribunais*, p. 121-123; RAMOS. Federação: assimetrias e corrupção. *Revista de direito constitucional e internacional*, p. 21-26; BERCOVICI. *Dilemas do estado federal brasileiro*.

[19] Sobre as técnicas de distribuição de competências, consultar: SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 478. Também: BASTOS. *Curso de direito constitucional*. p. 294-295. Ainda, CAVALCANTI. Os Estados na federação. *In*: CAVALCANTI. *As tendências do direito público*: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco.

[20] Cf. os arts. 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal.

[21] Art. 154, I.

detendo os Estados-Membros ampla autonomia política,[22] passou-se para uma federação de caráter cooperativo, sem que o critério de base para a distribuição de competências fosse alterado. Até nos momentos de "federalismo de integração" — eufemismo utilizado por Buzaid para caracterizar o quase desaparecimento da estrutura federal promovido pelo regime militar pós-64[23] — a técnica foi parcialmente mantida, ainda que à custa de uma avassaladora concentração de poderes em mãos da União.

1.3 O princípio da autonomia do Estado-Membro na Federação brasileira – A distribuição espacial de competências

O federalismo se estende por todos os continentes. Nasce na América, passa pela Europa e pela África, cobre a Ásia e a Oceania. Dessa multiplicidade de Estados decorre a multiplicidade de tipos possíveis de federalismo. O Estado Federal americano não é o mesmo que o alemão, e este não se confunde com o brasileiro, ou com o argentino. De qualquer modo, os experimentos federais, nas últimas décadas, apresentam um ponto em comum. Uma tendência à centralização, muitas vezes reclamada pelo *Welfare State*, um tipo de organização política que erode a funcionalidade da classificação que apartava os "Estados Federais de tendência unitária" dos "Estados Federais de tendência confederal".[24] Atualmente, o Estado Federal, com maior ou menor intensidade, aproxima-se do que se convencionou chamar de "Estado Federal cooperativo". O Brasil não foge à regra. Mas, ao lado do citado ponto de convergência, há outro. Trata-se da existência de um grau mínimo irredutível de descentralização, sem a qual não há Federação.

A autonomia dos entes federados (Estados, Províncias, Cantões, *Lander*) sintetiza as seguintes capacidades: (i) *de auto-organização*, identificando-se com o poder de se auto-organizar por meio de Constituição própria, obra do Poder Constituinte decorrente;[25] (ii) *capacidade de autogoverno*, fundada na escolha, pelo próprio povo do Estado federado de seus representantes na Casa Legislativa, bem como do Chefe do Executivo,[26] que ostenta competências submetidas unicamente às ordens constitucionais federal e estadual, sem nenhum vínculo de natureza hierárquica com as autoridades federais; (iii) *capacidade de autolegislação*, consistindo no poder de, por meio de órgãos próprios, promulgar leis, as quais, no respectivo círculo de atribuições, têm o mesmo valor das providenciadas pelos órgãos legislativos federais e (iv) *capacidade de autoadministração*, implicando poder de disposição sobre a administração de seus serviços, bem como sobre o pessoal administrativo, podendo criar os órgãos que achar necessários ao cumprimento de suas competências, inclusive outras pessoas jurídicas de direito público ou privado com capacidade administrativa.[27]

---

[22] É o caso da Federação brasileira durante a Primeira República. Sobre isso ver: BONAVIDES. O federalismo e a necessidade de uma revisão da forma de Estado. *In*: BONAVIDES. *Reflexões*: Política e direito, p. 121-161.

[23] BUZAID. *O Estado federal brasileiro*.

[24] PRÉLOT. *Institutions Politiques et droit constitutionnel*, p. 260.

[25] Sobre essa noção ver: FERRAZ. *Poder constituinte do Estado-membro*; FERREIRA FILHO. *Direito constitucional comparado*; SALDANHA. *O poder constituinte*; TRIGUEIRO. *Direito constitucional estadual*.

[26] Levando-se em conta, naturalmente, as diferenças entre monarquia e república e entre presidencialismo e parlamentarismo.

[27] SILVA. Curso de direito constitucional positivo.

A essas capacidades soma-se a exigência de um mínimo de recursos financeiros, arranjados tanto em virtude de poder impositivo próprio, como por meio de transferência de rendas arrecadas pela União, mas sempre de modo a não limitar, na prática, a autonomia formalmente oferecida pelo Constituinte, seja em virtude da insuficiência dos recursos, seja ainda diante de imposições descabidas dos órgãos centrais encarregados de operar a transferência referida.[28]

A autonomia financeira varia enormemente de federação para federação, de tal modo que a variação evidencia a maneira pela qual uma mesma forma de Estado concede liberdade maior ou menor para as coletividades políticas componentes.

As linhas a seguir retratam a maneira como a autonomia estadual se manifesta na Federação brasileira.

1.3.1 Os poderes dos Estados-Membros

1.3.1.1 O Poder Constituinte

Alguns autores negam a existência do chamado Poder Constituinte estadual, principalmente em razão de sua limitação.[29] Entretanto, a doutrina brasileira orienta-se no sentido de identificar no poder de auto-organização das unidades federadas a manifestação de função constituinte. É o caso, por exemplo, de Anna Cândida da Cunha Ferraz, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, além de outros.[30] Trata-se de um Poder Constituinte condicionado, subordinado ao Poder Constituinte federal (originário e constituído) e derivado deste. É, portanto, um "Poder Constituinte decorrente", que, de acordo com a distribuição de poderes autorizada pela Constituição Federal, institucionaliza e organiza a unidade federada.

Esta capacidade de auto-organização limita-se ao espaço de atuação deixado pela Constituição Federal. As últimas Constituições brasileiras, inclusive a vigente, reduziram drasticamente a função do Constituinte estadual, particularmente diante da profusão de normas de preordenação. A prática político-jurídica reclama, portanto, para além das proclamações formais, o questionamento e a relativização da noção de Poder Constituinte estadual. Afinal, os Estados, ao se organizarem por meio de suas Constituições,[31] devem se conformar não apenas aos princípios explícitos, mas, também, aos princípios implícitos, bem como às vedações ou proibições contidas na Carta Federal. A descoberta dos princípios e vedações implica trabalho de pesquisa minuciosa do Texto Constitucional, que nem sempre pode ser feito sem algumas dificuldades. Diante disso, como afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz:

> [...] não é de espantar, pois (observe-se a *latere*) que o constituinte estadual praticamente "copie" a Constituição Federal, induzido, talvez, pelo temor de "esquecer preceitos" ou, quem sabe, pela dificuldade de distinguir quais os preceitos que devem ser copiados dos que devem ser assimilados ou adaptados, e quais os preceitos da Constituição Federal que não precisam ser necessariamente adotados pelos Estados.[32]

---

[28] BARROSO. *Direito constitucional brasileiro*: o problema da Federação, p. 77-99.

[29] Veja-se, por exemplo: DALLARI. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 225; e PACHECO. *Tratado das Constituições brasileiras*, p. 319-320. v. 1.

[30] FERRAZ. *Poder constituinte do Estado-membro*; FERREIRA FILHO. *Direito constitucional comparado*; SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*.

[31] Art. 25 da Constituição Federal: "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem observados os princípios desta Constituição".

[32] FERRAZ. *Poder constituinte do Estado-membro*, p. 158.

Na vigência da Constituição anterior, foi desenhada útil classificação dos princípios e vedações, explícitas ou implícitas, de observância obrigatória pelo Constituinte estadual. Dito ensaio classificatório apartava os princípios *enumerados* dos *estabelecidos*.[33] Os primeiros reclamavam expressamente (i) o cumprimento de certas normas sob pena de intervenção federal ou implicavam a sujeição do Estado a (ii) determinadas normas diretoras da organização federal extensíveis aos Estados federados. Por sua vez, os *princípios estabelecidos* identificavam-se com aqueles dispersos pelo Texto Constitucional, de tal modo que sua identificação demandava pesquisa, sendo muitos deles implícitos.

Essa tipologia, com algumas adaptações, mantém a utilidade no contexto da Constituição de 1988.

1.3.1.1.1 Princípios enumerados

Os princípios enumerados, segundo a classificação inicial de José Afonso da Silva,[34] são os *sensíveis* e os *extensíveis*. Quanto aos primeiros, trata-se daqueles estipulados no art. 34, VII, da Constituição Federal, cuja inobservância pode suscitar intervenção federal (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta ou indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde).

Os princípios "enumerados extensíveis", na Constituição anterior, eram os orientados para a organização federal, mas transportáveis às unidades federadas, cuja inobservância, não sendo motivo de intervenção, desafiava o controle de constitucionalidade, notadamente por via de representação ao Supremo Tribunal Federal.[35] Eram, basicamente, os dispositivos enunciados nos incisos II a IX do art. 13 da Carta Constitucional de 1969.[36]

A Constituição de 1988 abandonou o critério utilizado na Carta de 1967/1969, no que se refere à organização dos Estados, retornando ao sistema do Constituinte de 1946. De tal modo que a presente Lei Fundamental parece, neste ponto, conferir maior liberdade para as coletividades federadas. O art. 25 da Lei Fundamental dispõe que "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição".

---

[33] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 130. Em edições posteriores à Constituição de 1988, cujo texto, "em prestígio do federalismo, praticamente eliminou os *princípios extensíveis*," o autor passa a tratar apenas dos princípios sensíveis e estabelecidos. Conferir edição de 2005, p. 611 *et seq*.

[34] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, 1984.

[35] Trata-se de um controle abstrato da constitucionalidade do texto normativo.

[36] "Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: [...]; II - a forma de investidura nos cargos eletivos; III - o processo legislativo; IV - a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios; V - as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal; VI - a proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias; VII - a emissão de títulos da dívida pública de acordo estabelecido nesta Constituição; VIII - a aplicação aos deputados estaduais do disposto no art. 35 e seus parágrafos, no que couber; e IX - a aplicação, no que couber, do disposto nos itens I a III do art. l14 aos membros dos Tribunais de Contas, não podendo seu número ser superior a sete".

1.3.1.1.2 Princípios estabelecidos

Os designados como *estabelecidos* são os princípios implícitos ou expressos, espalhados pelo Texto Constitucional, que determinam não normas básicas de organização do Estado-Membro, nem a extensão a estes dos princípios aplicáveis ao Estado federal, mas o "retraimento da autonomia estadual".[37] Residem em dispositivos que estipulam normas proibitivas aos Estados (por exemplo, na Constituição anterior: a interdição aos Governadores de Estado de editarem decretos-leis).[38] Além das regras expressas, há outras implícitas ou decorrentes da estrutura política adotada pelo país (regime representativo, do Estado de Direito, entre outros).

Mesmo na Constituição de 1988, pouco resta para o Constituinte estadual. Seu espaço de ação é reduzido, resumindo-se, no mais das vezes, à adaptação do texto federal às condições do governo local, tantas são as normas de preordenação. Boa parte da organização dos Estados-Membros já se encontra desenhada anteriormente à manifestação do Poder Constituinte decorrente, bastando a este completar uma arquitetura dotada de alicerces definidos. Embora com uma autonomia reduzida, não se pode negar que os Estados-Membros do Estado Federal brasileiro podem se auto-organizar por meio de suas Constituições, realidade impensável no contexto do Estado puramente unitário.

1.3.1.2 O poder político-administrativo

O poder político-administrativo diz respeito, antes de tudo, a três capacidades: autogoverno, autoadministração e legislativa.

As coletividades territoriais das federações apresentam-se "como uma miniatura do super-Estado".[39] Possuem governo próprio, autônomo e, portanto, sem qualquer relação hierárquica ou de tutela com o poder central. Esse governo, constituído por titulares cujos cargos são providos na forma indicada pela Constituição, manifesta-se mediante as funções de administrar, legislar e julgar, distribuídas por órgãos distintos e independentes entre si. Os governadores e vice-governadores de Estado são eleitos por voto direto e secreto mediante sufrágio universal, a cada quatro anos (art. 28); os deputados estaduais, eleitos igualmente (art. 27, §1º), escolhem a mesa diretora das respectivas Assembleias Legislativas. Quanto aos membros do Poder Judiciário, ingressam na magistratura de carreira mediante concurso público de provas e títulos (art. 93, I), ascendendo aos tribunais de segunda instância por meio de promoção por antiguidade ou merecimento (art. 93, III), respeitado o quinto constitucional (art. 94). Os presidentes dos Tribunais de Justiça estaduais são eleitos pelos seus respectivos pares.

Corolário da capacidade governativa é a de autoadministração, através da qual o Estado-Membro assegura o cumprimento de suas atribuições pelos seus próprios órgãos e entidades, criados por leis próprias e disciplinado por suas próprias normas, uma vez observadas a Constituição Federal e a legislação federal acaso regente.

1.3.2 As competências dos Estados-Membros

No sistema brasileiro as competências do Estado, materiais ou legislativas, em princípio, são as reservadas, ou seja, compõem o domínio remanescente da enumeração

---

[37] HORTA. Autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro, p. 225-226; SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 133.

[38] Art. 200, parágrafo único, da Carta Constitucional de 1969.

[39] GICQUEL; HAURIOU. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 125.

das atribuições da União e dos Municípios. A peculiaridade da técnica adotada impõe a prévia descrição das matérias da União e dos Municípios, já que experimentamos um federalismo de três níveis, para, depois, chegar-se àquilo que sobra para as unidades federadas.

1.3.2.1 Competência político-administrativa

1.3.2.1.1 Competência internacional

Os Estados-Membros, como entidades constitucionais, não aparecem no direito internacional.[40] Não ostentam, portanto, personalidade internacional. Não podem manter relações com os Estados estrangeiros. Na Federação brasileira, compete exclusivamente à União aparecer no plano internacional, para celebrar tratados e convenções, assim como participar de organizações internacionais. Os acordos internacionais, porventura concluídos pelos governos dos Estados-Membros não têm forma de pactos de direito público, residindo em lugar próximo àqueles de natureza privada. Compete, ainda, unicamente à União declarar a guerra e celebrar a paz (art. 21, II).

1.3.2.1.2 Competência militar

Incumbe exclusivamente à União organizar as forças armadas. Aos Estados cabe apenas, nos casos de requisição, colocar as respectivas polícias militares à disposição das autoridades militares federais. Também assumem natureza militar as seguintes as atribuições da União: (i) assegurar a defesa nacional (art. 21, III); (ii) permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional e nele permaneçam temporariamente (art. 21, IV), (iii) autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, VI).

1.3.2.1.3 Competência política

Entre as competências privativas de natureza política da União podem ser citadas a decretação do estado de sítio e do estado de defesa (art. 21, V), bem como a concessão de anistia (art. 21, XVII). Outra competência de natureza política exclusiva da União é de decretar intervenção nos Estados (art. 21, V, *in fine*). Como a intervenção é a última garantia da unidade do Estado Federal, deve ficar nas mãos do Governo Federal.[41] Por outro lado, medida excepcional como o estado de sítio, tanto pela sua importância como pelo perigo que suscita a sua utilização arbitrária, não pode ser decretada, ao mesmo tempo, por vários níveis de governo. Apenas a União é responsável pela segurança de Estado e somente a ela cabe fazer uso de tais medidas.

---

[40] Há casos de coletividades federadas com poderes em matéria de direito internacional. A Baviera, no Império Federal Alemão de 1871, mantinha relações internacionais. Os Cantões Suíços também, em certos casos, aparecem na órbita internacional. O mesmo acontece com a Província do Quebec, no Canadá. Cf. GICQUEL; HAURIOU. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 125.

[41] Não obstante, a Constituição de 1988 também disciplina a possibilidade de intervenção nos Municípios, conferindo essa competência aos respectivos Estados (art. 35), exceto em relação aos Municípios situados em territórios.

1.3.2.1.4 Competência administrativa

Além das competências administrativas envolvendo a disciplina e organização de seus serviços e funções, incumbe à União, com exclusividade, numa evidente manifestação de centralismo, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a) os serviços de telecomunicações (art. 21, XI); b) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; c) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; d) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura portuária; e) os serviços de transportes ferroviários e aquaviários entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; f) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; g) os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII). Compete, ainda, apenas à União, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), e organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (art. 21, XV); executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 21, XXII); explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XXIII), entre outros.

Os Estados-Membros não possuem, o que é normal, competência internacional, nem competência militar. Quanto à competência política (no sentido empregado no presente trabalho), as unidades federadas têm apenas atribuições relativas às suas capacidades de auto-organização, e autogoverno (inclusive legislativa). Finalmente, em relação às matérias de natureza administrativa, percebe-se que a União, desde a Constituição de 1934, vem avançando sobre um terreno antes pertencente aos Estados. Por exemplo, as matérias relativas à exploração dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações. Atualmente, as administrações locais poderão participar da exploração de tais serviços mediante autorização, concessão ou permissão do Governo Federal, subordinando, portanto, sua política àquela instituída pela autoridade federal nesses setores.

Em relação à atividade de polícia em matéria penal, a tradição brasileira tem sido no sentido de concedê-la aos Estados.[42] Nota-se, porém, um crescente papel da União que vai desempenhando, hoje, atividades antes deixadas a cargo dos Estados.[43]

Embora durante a vigência da Constituição de 1946 a União dispusesse de um Departamento de Polícia, sua função era restrita,[44] por isso se manifestava mais como

---

[42] FERREIRA FILHO. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 74.

[43] A Força Nacional de Segurança Pública foi criada pelo Decreto nº 5.289/2004 com a finalidade de realizar atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, podendo ser empregada em qualquer parte do território nacional, através da demanda expressa do Governador do Estado ou do Distrito Federal, além disso, nos termos do Decreto citado: "Art. 4º, §1º Compete ao Ministro de Estado da Justiça determinar o emprego da Força Nacional de Segurança Pública, que será episódico e planejado. §2º O contingente mobilizável da Força Nacional de Segurança Pública será composto por servidores que tenham recebido, do Ministério da Justiça, treinamento especial para atuação conjunta, integrantes das polícias federais e dos órgãos de segurança pública dos Estados que tenham aderido ao programa de cooperação federativa. [...] art. 10. Caberá ao Ministério da Justiça: I - coordenar o planejamento, o preparo e a mobilização da Força Nacional de Segurança Pública, compreendendo: [...] d) solicitação de apoio da administração dos Estados e do Distrito Federal às atividades da Força Nacional de Segurança Pública, respeitando-se a organização federativa". Ademais, é de se lembrar do aumento da importância da Polícia Federal, com o aumento de número de crimes de competência da Justiça Federal, para além do já disposto no art. 144 da Constituição Federal, como no caso da Lei nº 10.446/2002, que regulamentou as infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

[44] FERREIRA FILHO. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 74.

órgão responsável pela censura de divisões públicas.[45] Em 1967, foi criado o departamento de Polícia Federal, subordinado ao Ministério da Justiça, exercendo uma gama de atividades retiradas das administrações estaduais. Essa fórmula foi mantida pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969 e pela Constituição de 1988.

1.3.2.2 Competência financeira

Compete apenas à União a emissão da moeda (art. 21, VII), assim como a fiscalização das operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio, capitalização, seguros e previdência (art. 21, VIII). Como lembra Seabra Fagundes,[46] a capacidade de emitir moeda representa um imenso poder. Com simples medidas monetárias, o Estado central pode interferir intensamente nas atribuições dos Estados-Membros.

Sob o aspecto financeiro, a autonomia dos Estados se restringe à elaboração e gestão das suas respectivas leis orçamentárias, bem como à instituição e arrecadação dos tributos autorizados pela Constituição Federal. Compete, ainda, como será analisado adiante, legislar, concorrentemente, sobre direito financeiro.

1.3.2.3 Competência legislativa

As competências, explícitas ou implícitas,[47] da União implicam vedações aos Estados.

Em relação à competência legislativa, a enumeração das deferidas à União, em alguns casos, não exclui a ação dos Estados. Isto porque, além da competência legislativa residual ou remanescente, nos casos indicados pela Constituição Federal, há, em determinadas situações, uma partilha entre a autoridade central e as autoridades estaduais. A Constituição de 1988 mudou sensivelmente a técnica de repartição de competências entre os entes federados. No quadro da Constituição revogada, salvo a um ou outro domínio, cabia aos Estados a competência remanescente. Na nova Constituição, alargados os campos de competência da União, outras matérias foram tratadas

---

[45] FERREIRA FILHO. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 74.

[46] Cf. FAGUNDES. *Novas perspectivas do federalismo brasileiro*.

[47] A teoria dos poderes implícitos, ou *implied powers*, como originariamente foi nomeada nos Estados Unidos ao tempo de sua criação, atribui um conjunto de competências que, mesmo não expressas, são tratadas como próprias ao corpo estatal para a execução de suas finalidades. Segundo o juiz Marshall, no caso *McCulloch vs Maryland*, um governo ao qual são atribuídos amplos poderes também deve dispor de meios para a sua execução. O caso tratava da criação de um Banco Nacional pelo Congresso e o questionamento da competência para a criação do Banco pelo estado de Maryland, que passou a tributar os lucros auferidos pela filial do Banco Nacional situada em Maryland. Assim, foi questionada a constitucionalidade tanto da lei que criou o Banco Nacional como dos tributos cobrados pelo Estado de Maryland. Da decisão, favorável ao Governo Federal, resultaram dois princípios: a) a Constituição garante ao Congresso poderes implícitos (*implied powers*) para a implementação dos poderes expressos na Constituição, para que seja criado um governo nacional funcional; b) atos de um Estado não podem impedir o exercício de poderes constitucionalmente válidos pelo Governo Federal. Sobre a questão afirma Paulo Bonavides o seguinte: "Os poderes implícitos foram aliás objeto de algumas ponderações clássicas de Marshall emitidas no aresto da Suprema Corte ao ensejo da demanda McCulloch *versus* Maryland. Disse o insigne jurista: 'Pode-se com assaz de razão sustentar que um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser de seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios'" (BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 472).

como de *competência comum* e *competência concorrente*. No sítio da *competência comum*, todas as esferas federadas, nos respectivos âmbitos de governo, podem atuar. Ocorre que estas matérias supõem antes obrigações, verdadeiros ônus, do que propriamente competências. Além disso, nos termos do parágrafo único do art. 23, incumbe à União, unilateralmente, sem necessidade de diálogo com as coletividades regionais e locais, votar leis complementares que fixarão normas de cooperação entre ela "e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". Já no contexto da *competência concorrente* subsistem em mãos dos Estado-Membros dois poderes. O poder, em primeiro lugar, de *complementar* (*competência suplementar*) as normas editadas pela União (à União cabe introduzir apenas normas gerais). Na ausência de norma geral, pode o Estado supletivamente, para atender às suas peculiaridades, exercer competência legislativa plena. Neste caso, conforme dispõe o §4º do art. 24 da CF, "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário". É claro que também aqui a União avança o sinal, esgotando sempre que possível a tarefa normativa, deixando quase nada para o atuar legiferante dos Estados.[48]

O art. 22 da Constituição Federal cuida do domínio legislativo privativo da União compondo, porém, embora extensa, enumeração não taxativa. Compete privativamente à União legislar sobre: (i) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, marítimo, agrário, aeronáutico, espacial e do trabalho; (ii) desapropriação; (iii) requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; (iv) águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; (v) serviço postal; (vi) sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; (vii) política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; (viii) comércio exterior e interestadual; (ix) diretrizes da política nacional de transportes; (x) regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; (xi) trânsito e transporte; (xii) jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; (xiii) nacionalidade, cidadania, naturalização; (xiv) populações indígenas; (xv) emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; (xvi) organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; (xvii) organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (xviii) sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; (xix) sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular; (xx) sistemas de consórcios e sorteios; (xxi) normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; (xxii) competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; (xxiii) seguridade social; (xxiv) diretrizes e bases da educação nacional; (xxv) registros públicos; (xxvi) atividades nucleares de qualquer natureza; (xxvii) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais

[48] A federação alemã, que influencia a nossa desde Weimar, iniciando-se a influência a partir da Constituição de l934, no que toca à adoção da técnica da partilha de competência normativa sobre uma mesma matéria, sofreu o influxo de uma importante reforma no ano de 2006. O fenômeno comum no Brasil, de desrespeito pelo legislador federal do campo normativo deixado pelo Constituinte aos Estados no caso de matérias de competência concorrente, era também observado na Alemanha pelo menos até a Reforma Federativa de 2006 (*Föderalismusreform*). Sobre isso, consultar: KRELL. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*, p. 101.

da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III; (xxviii) defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional e (xxix) propaganda comercial.

É verdade que a Constituição restaurou a Federação. Não é menos verdade, entretanto, que a Lei Fundamental manteve o seu caráter centralizador, implicando preeminência da Coletividade Central. Prova disso se encontra no fato de ter ampliado consideravelmente o leque de matérias de competência privativa da União.

Para contrabalançar tal ampliação, o Constituinte concedeu, no parágrafo único do art. 22, que "lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo". Trata-se, até agora, de uma previsão esquecida. Por outro lado, calha aceitar que essa técnica de transferência de competência legislativa do poder central para as coletividades periféricas, mediante norma infraconstitucional, não reforça o federalismo.[49]

São as seguintes as matérias compartilhadas entre o poder central e os Estados-Membros, competindo a estes legislar em caráter *complementar* ou *supletivo*: (i) direito tributário, financeiro, penitenciário; econômico e urbanístico; (ii) orçamento; (iii) juntas comerciais; (iv) custas dos serviços forenses; (v) produção e consumo; (vi) florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; (vii) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; (viii) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (ix) educação, cultura, ensino e desporto; (x) criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; (xi) procedimentos em matéria processual; (xii) previdência social, proteção e defesa da saúde; (xiii) assistência jurídica e Defensoria pública; (xiv) proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência; (xv) proteção à infância e à juventude e (xvi) organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis; de acordo com o art. 24 da CF. Há outras matérias dispostas no texto constitucional, inclusive no art. 22, autorizando a União a cuidar de determinadas matérias por meio de normas gerais. Também aqui o Legislador federal transcende o território normativo que lhe foi conferido.[50]

Como se depreende da leitura da Constituição Federal, a autonomia legislativa dos Estados-Membros é exercida sobre uma área mínima de competência. Um domínio residual, reduzidíssimo face à vocação totalizadora do Constituinte Federal, somado a outro domínio complementar ou supletivo, frequentemente diminuído pela vocação totalizadora do legislador federal. Logo, o campo incidente da legislação estadual não excede o "terreno administrativo, financeiro, de serviços sociais, administração e gestão de seus bens, e quase nada mais".[51]

---

[49] Sobre o assunto, conferir: ALMEIDA. *Competências na Constituição de 1988*, p. 107 *et seq*.

[50] Lembra Paulo Luiz Neto Lôbo que: "As dificuldades dos Estados para exercerem as suas competências legislativas complementares encontram as suas causas também na jurisprudência do STF, que frequentemente considerou assuntos bastante sensíveis aos interesses regionais e locais como de competência exclusiva da União, o que acabou inibindo fortemente as suas iniciativas" (*Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988*, p. 98).

[51] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 62. O autor mantém essa opinião nos dias atuais, lembrando apenas que a Constituição de 1988 acrescentou na competência legislativa dos Estados "alguma coisa na esfera econômica" (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 622).

É de se trazer aqui o desapontamento de José Afonso da Silva para com a Federação brasileira na Constituição de 1969, em parte replicável na atual:

> Às Assembléias Legislativas compete, com a sanção do Governador, talvez não mais do que isto: elaborar e votar leis complementares à Constituição do Estado; votar o orçamento e os programas financeiros plurianuais de investimento; legislar sobre seus tributos, arrecadação e aplicação de suas rendas; dispor sobre a dívida pública estadual e autorizar a abertura de operações de crédito; criar e extinguir cargos públicos, fixando-lhes os vencimentos e vantagens; dispor sobre a divisão administrativa do território; legislar sobre organização de seu ministério público; autorizar a alienação, cessão e arrendamento de seus bens.[52]

1.3.2.4 Competência social-econômica

A partir dos anos 1930, quando o Estado brasileiro, seguindo tendência mundial, resolveu intervir nos domínios social e econômico, o legislador preferiu que tal intervenção fosse confiada em princípio ao Governo Federal. A par de uma intervenção econômica propriamente dita, com o objetivo de dirigir e regular a economia, instituiu-se outra, cujos objetivos menos econômicos visavam uniformizar certas medidas estatais necessárias à resolução de problemas que ultrapassavam as fronteiras estaduais, circunscrevendo-se ou estendendo-se, muitas vezes, por todo um espaço regional, aglomerando várias unidades federadas.[53]

A Constituição de 1891 orientou-se no sentido de construir um federalismo dualista, sem uma relação de cooperação maior entre o governo central e os estaduais. A União ficava autorizada a prestar socorros aos Estados apenas nos casos de calamidade pública e desde que solicitados.[54] O papel da União, meramente complementar, limitava-se à defesa contra as calamidades nos governos dos Estados. A Constituição de 1946, centralizando essa atribuição, confere à União o poder de "organizar defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações" (art. 5º, XIII). A orientação foi seguida pelas Constituições de 1969 e de 1988. A última, no art. 21, XVIII, estipula que compete à União "organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações".

Como se pode perceber, os Estados sofreram progressivamente a compressão de suas autonomias, de modo que não lhes foi sequer oportunizada a participação nas decisões sobre as formas de ação a serem operadas pela União em seus respectivos territórios. Centralista, a Constituição, em muitos casos, prefere o monopólio decisório ao diálogo.

A centralização da política econômica conduz ao crescimento da estrutura administrativa da União, que implica, também, crescente concentração dos recursos de origem fiscal em suas mãos. Isto importa na diminuição da capacidade de determinação dos Estados-Membros e de autossuficiência econômico-financeira. A autonomia política e jurídica aparece como a fachada de uma construção inacabada, cujas portas podem conduzir, do ponto de vista político, à subordinação política dos Estados à vontade do poder central.[55]

---

[52] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 62.

[53] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, 1984, p. 62.

[54] FERREIRA FILHO. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 78.

[55] De acordo com Gilberto Bercovici: "Infelizmente, a política deliberada do Governo Federal vem sendo a inclusão de dispositivos na Constituição para obrigar os entes federados a assumir certas políticas sociais, sem qualquer

A opção desenvolvimentista brasileira costumou se materializar às custas da autonomia das unidades federadas. A institucionalização da opção conduziu à ampliação dos poderes da União, tanto em matéria legislativa quanto em matéria administrativa e econômica e à concentração da maior parcela dos recursos públicos nos cofres federais. Isto se manifesta inclusive na Constituição de 1988. A burocracia federal floresceu.[56] O gigantismo da União e a dependência dos Estados podiam, na vigência da Constituição anterior, ser aferidos pela observação da discriminação constitucional de rendas. A Lei Fundamental vigente diminuiu o problema da pobreza dos Estados e Municípios, mas não o solucionou. Aliás, ultimamente, mesmo no contexto da nova Lei Fundamental, em virtude das políticas adotadas pelo Governo Federal, o problema reapareceu.

1.3.2.4.1 A discriminação constitucional de rendas

Segundo Raul Machado Horta, "a discriminação de rendas tributárias é uma questão crítica na organização federal".[57] Neste sentido, observa-se que o sistema constitucional tributário[58] conferiu, mais uma vez, poderio econômico, financeiro e tributário à União, tornando frágil a dimensão regional do regime federativo.

O governo militar racionalizou a discriminação de rendas entre as esferas de governo.[59] O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) institucionalizou a orientação, recepcionada mais tarde pelas Constituições de 1967, 1969 e aprimorada pela vigente.

A Constituição atual, como a de 1969, contempla três tributos: o *imposto*, a *taxa* e as *contribuições de melhoria*.[60] Além destes, cumpre referir as demais contribuições sociais (arts. 149 e 195, §6º) e os empréstimos compulsórios (art. 148). Estes dois últimos são de competência exclusiva da União (salvo o disposto nos arts. 149, §1º e 149-A). As taxas e contribuições de melhoria são de competência cumulativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Quanto aos impostos, a Constituição define aqueles de competência de cada entidade governamental, cabendo os poderes impositivos *residual* e *extraordinário* (art. 154, I e II) à União.

Compete:

a) À União os impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros; II - exportações de produtos nacionais ou nacionalizados; III - rendas e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a

---

contrapartida federal e vinculando receitas, como no caso do ensino fundamental (Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996) e dos serviços públicos de saúde (Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000). [...] A guerra fiscal, a questão do endividamento dos Estados, a 'descentralização por ausência' de políticas sociais e a reconcentração das receitas tributárias na esfera demonstram a existência de uma crise do pacto federativo brasileiro" (*Dilemas do Estado Federal brasileiro*, p. 71-72).

56 "A Superintendência do Desenvolvimento da Fronteira Sudoeste (Sudesul), a Superintendência do Vale do São Francisco (Suvale), a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), a Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus (Suframa) e tantos outros organismos, anteriores ou posteriores a 15 de março de 1967, assinalam a presença dominante da União nos diferentes planos da economia e da administração" (FAGUNDES. Novas perspectivas do federalismo brasileiro, p. 13).

57 HORTA. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 22.

58 Regulado nos arts. 145 a 162 da CF.

59 Cf. BALEEIRO. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*.

60 CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*.

títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar (art. 153).

b) Aos Estados e ao Distrito Federal, os impostos sobre:

I - transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores (art. 155).

c) Aos Municípios, os impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como a cessão de direitos e sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (art. 156).

Os impostos mais significativos no sistema tributário brasileiro residem no âmbito da União. Com isso, e mais a competência para dispor sobre normas gerais de direito tributário, além de outras nesse domínio, ela pode atingir dois objetivos: (i) subordinar a política fiscal à política econômica por ele decidida e (ii) auferir os recursos indispensáveis à implementação de suas atividades e, também, de sua política econômica.

Iniciativa elogiável no texto constitucional vigente foi a supressão da competência, antes atribuída à União, de conceder isenção de impostos estaduais e municipais mediante lei complementar (art. 19, §2º da CF de 1969). Hoje (art. 151, III), apenas a coletividade com competência impositiva pode conceder isenção, observado o disposto no art. 155, §2º, XII, "g", da Constituição. A alíquota do ICMS, definida pelas respectivas Assembleias Legislativas dos Estados-Membros, tem seus limites máximos fixados por resolução do Senado Federal (art. 155, §2º, V, "b", da CF). O mesmo pode ocorrer com as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação (art. 155, §2º, IV). Além disso, como dispõe a União de competência legislativa que excede a simples introdução de normas gerais de direito tributário, a arrecadação estadual pode eventualmente ser atingida, implicando fragilização do orçamento das autoridades regionais e locais.

Os recursos financeiros deixados aos Estados pelo Constituinte seriam compensados por um sistema de transferência constitucional de rendas que subsidiaria o federalismo cooperativo, mediante o qual as regiões mais ricas financiariam, através da União, o crescimento das regiões mais pobres.

O Constituinte de 1987/1988, cumpre reconhecer, pretendeu ampliar as possibilidades de financiamento das Coletividades parciais. Ora, a escassez dos recursos dos Estados, vigente a Carta de 1969, pode ser demonstrada pelos dados de 1981. Deveras, esse ano, a receita pública global, no Brasil, foi assim partilhada: União, 76%, Estados, 22%, e Municípios, 2%.[61]

A participação dos Estados na Receita Pública ficava menor ainda quando comparada não apenas ao orçamento da União, mas ao das entidades federais da Administração indireta.[62] Com efeito, o orçamento federal, que representava o triplo dos orçamentos estaduais somados, não significava mais de 3,6% do total dos orçamentos acumulados das Administrações direta e indireta.

---

[61] Cf. HORTA. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 22.

[62] HORTA. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 22.

O crescimento do poder econômico da União, até a Constituição de 1988, pode ser medido pela seguinte informação: em 1955, embora o orçamento federal fosse superior à soma dos orçamentos estaduais e municipais reunidos, a superioridade em relação aos orçamentos estaduais não excedia de 40%.[63] Em 1988 a União detinha 60, 09% da carga tributária disponível no país enquanto que aos Estados coube 26,61% e aos Municípios 13,30%. Contemporaneamente, os números não sofreram grande alteração, em 2010 a União ficou com 57,60% da carga tributária, os Estados 24,70 e os Municípios 18,30%.[64]

Os números justificam a necessidade da redefinição radical da arquitetônica da política e territorial brasileira. Federalismo cooperativo, sim. Mas ainda e sempre federalismo. O que se experimentava era, verdadeiramente, a morte do Estado Federal. Mas a Constituição de 1988, embora aumentando a capacidade arrecadatória dos Estados e Municípios, não lhes conferiu o que era reivindicado.

1.3.2.4.2 O problema do desenvolvimento

A distribuição de riquezas não se efetiva de modo equilibrado em nosso País. Há assimetrias fáticas evidentes. Há Estados economicamente fortes, como os da região Centro-Sul, ao lado de outros com economia mais frágil, como os do Nordeste e Norte. O fato torna complexo o equilíbrio da Federação. O Estado Federal de tipo dualista contemplado na Constituição da Primeira República inviabilizava o enfrentamento do problema. A autonomia dos Estados ficava comprometida diante da precariedade das economias regionais, incapazes de manter um aparato burocrático simples de feição liberal. Muitas vezes, sob a forma de "socorros", o Governo Central viu-se compelido a transferir recursos para as administrações estaduais em circunstâncias desfavoráveis. Embora os Estados detivessem, do ponto de vista formal, autonomia financeira, a debilidade econômica de alguns deles não permitia sua autossuficiência. Ora, uma federação não pode subsistir com disparidades econômicas tão graves entre suas unidades.

Relativizou-se, então, a noção de autonomia local. Procurou-se instituir um sistema capaz de permitir um relacionamento mais estreito entre os vários níveis de governo. O processo, entretanto, foi descaracterizado no regime de exceção inaugurado em 1964. Com a vigente Constituição o federalismo cooperativo recobrou seu sentido original.

É necessário que as disparidades regionais existentes no Brasil sejam remediadas. O combate a tais disparidades exige políticas que transcendam os limites estaduais, movimentando recursos superiores aos arrecadados pelos Estados beneficiados. O sistema constitucional atual não desconhece essa realidade. A repartição constitucional de rendas e competências é uma resposta a ela. Com efeito, o poder central atua (i) transferindo recursos para os Estados-Membros, o que faz compulsoriamente (transferências constitucionais) ou de modo voluntário (meios de cooperação em função de parcerias e convênios) ou (ii) promovendo o desenvolvimento, diretamente por meio da ação de seus órgãos e entidades, nas diversas regiões ou indiretamente, promovendo políticas públicas de estímulo a determinadas atividades.

A transferência de rendas para os Estados mais débeis, em razão do sistema tributário, pode eventualmente ser anulada por um mecanismo informal de transferências em benefício das unidades federativas mais fortes e industrializadas.[65] Essa situação

---

[63] HORTA. Problemas do federalismo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 30.

[64] SOUTO. A assimetria das obrigações entre os entes da federação. *Revista Liberdade e Cidadania*.

[65] BONAVIDES. O federalismo e a necessidade de uma revisão da forma de Estado. *In*: BONAVIDES. *Reflexões*: política e direito p. 151.

permaneceu com a Constituição de 1988. Alguns setores, por ocasião da Constituinte, defenderam como solução uma redefinição do ICMS, o mais importante imposto de competência dos Estados, chegando mesmo a sugerir a tributação não mais na origem, mas no destino.

A segunda modalidade de intervenção do Governo central manifesta-se pela atuação direta dos organismos federais nos territórios dos Estados-Membros. A técnica do planejamento regional instituída pela Constituição de 1946 foi mantida pelas demais Constituições. O principal objetivo é "alterar o desequilíbrio verificado na estrutura do País e promover o desenvolvimento do Nordeste, área marcada pelo investimento rarefeito".[66]

Já em 1963, a Sudene dirigia um montante financeiro superior "à soma da receita prevista no mesmo período nos orçamentos do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia, Estados que se situam na área de atuação do órgão federal".[67] Ora, há autores que defendem, entre nós, o que foi repelido pela Constituinte, um federalismo regional.[68] Trata-se de transformar os entes administrativos federais de atuação regional em verdadeiras coletividades regionais autônomas, dotadas de capacidade política, constituindo um quarto nível governativo do Estado Federal.[69]

A tese mereceria ser discutida. Sua institucionalização consistiria na realização de um casamento entre a doutrina do Estado Federal gestada nos Estados Unidos com as novas técnicas de descentralização em curso na Europa, em vários países, entre os quais a Bélgica e a Espanha.

A Constituição de 1988 trilhou caminho distinto. Não há dúvida de que inovou, ao cuidar das regiões. Entretanto, apenas elevou para o nível constitucional uma experiência presente há décadas no cenário político brasileiro. Com efeito, dispõe o art. 43 da Lei Fundamental que, "Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando ao seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais". Lei Complementar disporá sobre a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes. As regiões, entre nós, como se vê, constituem meros desdobramentos administrativos da União.

---

66 HORTA. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 135.

67 HORTA. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 314.

68 Sobre isso conferir: BONAVIDES. O caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*; BONAVIDES. O federalismo e a necessidade de uma revisão da forma de Estado *In*: BONAVIDES. *Reflexões*: política e direito; BONAVIDES. O planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo das regiões. *In*: BONAVIDES. *Reflexões*: política e direito. Ainda, para Gilberto Bercovici: "O desequilíbrio federativo brasileiro não deve ser compensado com distorções na representação política. As disparidades regionais devem ser diminuídas, mas através de políticas públicas levadas a cabo especialmente para esse fim, como foi a atuação da SUDENE antes do regime militar. Somente com a efetiva implantação do Federalismo Cooperativo poderemos criar mecanismos de coordenação entre a União, Estados e Municípios para concretizar o disposto no artigo 3º da Constituição de 1988, que declara constituírem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais para a construção de um sociedade livre, justa e solidária. [...] Uma das propostas mais inovadoras de solução institucional dos problemas do federalismo brasileiro, notadamente a questão das desigualdades regionais, é a defendida por Paulo Bonavides: a transformação da Região em ente federativo, consubstanciando uma quarta esfera de governo e de competências. Com a implantação do Federalismo Regional, os Estados e Municípios poderiam se articular de forma a não se manterem tão dependentes da União, interrompendo as tendências centralizadoras dos últimos anos" (*Dilemas do Estado Federal brasileiro*, p. 94-96).

69 Cf. BONAVIDES. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões.

1.4 Conclusão

A Constituição de 1988 alterou a configuração da Federação para melhor. Todavia, ela não pode ficar isenta de críticas. Pois manteve, a despeito do que afirmavam os Constituintes, o processo de centralização que vem desde a década de trinta. Continua, afinal, expressivo o número de matérias de competência da União. De tal sorte que pouco restou para os Estados em relação à sua capacidade legislativa. A competência remanescente dos Estados-Membros é *quase um nada*, em face do número de matérias que são ou de competência privativa da União ou de competência comum ou concorrente.

Cumpre, nesta altura, verificar se a tendência centrípeta que temos experimentado e que, aliás, foi funcional em vários momentos da nossa história para o desenvolvimento e a integração nacionais continua a se manter assim. Nesse caso, não sendo ainda o momento de, embora no contexto de uma sociedade mais madura, operar um esforço para dinamizar a dimensão centrífuga do federalismo brasileiro, inclusive para realçar o peso democrático das coletividades regionais e locais que condensam também modo de manifestação da autonomia pública e do autogoverno coletivo, impõe-se, pelo menos, um exigir de maior cuidado na ação do Governo Central, inclusive para respeitar as poucas áreas de competência outorgadas a Estados e Municípios pelo Constituinte. Mais do que isso, talvez tenha chegado o momento de reclamar da União mais diálogo com as demais coletividades federadas, menos medidas autoritariamente decididas e, portanto, mais atuação verdadeiramente cooperativa e concertada. Há motivos para esperança. A Emenda Constitucional nº 19/1998 conferiu nova redação ao art. 241 da Lei Fundamental, nos termos do qual

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Talvez, com o aprofundamento da nossa experiência democrática, um novo momento para o federalismo brasileiro possa ser inaugurado.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. Descentralização e pacto federativo. *Cadernos da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP*, Brasília, v. 1, p. 16-33, 1993.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *O condomínio legislativo:* um estudo sobre a possibilidade de aplicação do princípio de subsidiariedade na repartição de competências legislativas concorrentes entre a União e os Estados-Membros prevista na Constituição Federal brasileira de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Federação e a revisão constitucional: as novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras: a cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 14, p. 16-26, jan./mar. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro*: o problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O Caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*, ano 17, n. 65, p. 115-126, jan./mar. 1980.

BONAVIDES, Paulo. O federalismo e a necessidade de uma revisão da forma de Estado. *In*: BONAVIDES, Paulo. *Reflexões*: política e direito. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BONAVIDES, Paulo. O planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo das regiões. *In*: BONAVIDES, Paulo. *Reflexões*: política e direito. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUZAID, Alfredo. *O Estado Federal brasileiro.* Brasília: Ministério da Justiça, 1971.

CAMBI, Eduardo. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 244-261, out./dez. 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Os Estados na Federação. *In*: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *As tendências atuais do direito público*: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 43-63.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. A expansão dos poderes federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 7-15, out./dez. 1969.

FARIAS, Paulo José Leite. Federação brasileira e americana: breve estudo de direito comparado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 7, n. 13, jan./jun. 1999, p. 161-197.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A repartição de competências na Federação brasileira e a estabilidade do servidor público municipal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 121-123, abr. 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado*. São Paulo: J. Buschatsky, 1974. v. l - O poder constituinte.

FIORI, José Luis. O federalismo diante do desafio da globalização. *In*: AFFONSO, Rui de Brito Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros. *A federação em perspectiva*. São Paulo: Fundap, 1995.

GICQUEL, Jean; HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchretien, 1985.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A federação brasileira como forma de descentralização do poder. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 130-134, jan./mar. 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do Estado-Membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Santa Maria, 1964.

HORTA, Raul Machado. Problemas do federalismo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 2, 1958.

HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 18, n. 72, out./dez. 1981.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 2, p. 5-20, 1993.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 16, p. 7-19, jul./set. 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 101, p. 87-104, 1989.

MACEDO JR. Ronaldo Porto Macedo. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MARX, Karl. O *18 brumário de Luis Bonaparte.* São Paulo: Martin Claret, 2008.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. O federalismo brasileiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1988-2003). *In*: ROCHA, Fernando Luiz X.; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. v. 1.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

PRÉLOT, Marcel. *Institutions Politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1984. (Revue et mise a jour par Jean Boulouis).

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação: assimetrias e corrupção. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 12, n. 49, p. 21-26, out./dez. 2004.

RANIERI, Nina. Sobre o federalismo e o Estado Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 9, p. 87-98, out./dez. 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SOUTO, Paulo. A assimetria das obrigações entre os entes da Federação. *Revista Liberdade e Cidadania*, n. 16, Brasília, abr./jun. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PÁGINA EM BRANCO

A LEI NO ESTADO CONTEMPORÂNEO[1]

2.1 Generalidades

A lei, na história, foi geralmente definida a partir de um critério substantivo. Na antiguidade, Aristóteles, Sócrates e Platão, entre outros, discorreram sobre a lei considerando seus atributos de justiça.[2]

Na Idade Média, o pensamento tomista vinculou a lei à satisfação do bem comum. Bem por isso, ela não se confundia com o instrumento de criação do Direito, sendo antes espécie de repositório da consciência do justo.[3]

A concepção material da lei entrou em colapso com a emergência do Estado moderno caracterizado, segundo Weber e Poulantzas,[4] pelo monopólio da violência física. Esta forma de organização política é a responsável pela transformação da lei em uma expressão do poder político. A lei, nesse caso, passa a ser encarada como manifestação de comando de quem exerce dominação.

No momento em que florescem as revoluções burguesas e começa a delinear-se o Estado de Direito, a noção de lei como espécie de comando que decorre de um lugar definido no quadro da estrutura sócio-política é apropriada. O poder político, atomizado no período medieval, vem a ser, posteriormente, galvanizado pelo Príncipe, no Estado Absolutista e, depois, pelo corpo legislativo, no Estado de Direito.

No pensamento dos filósofos iluministas que antecederam as revoluções burguesas, encontram-se ensaios de manutenção do conceito de lei proveniente do Estado Absolutista: uma fórmula capaz de justificar a existência de um comando. Não obstante, o comando terá agora como pressuposto a igualdade, ainda formal, conferindo certa dimensão material à lei. Constata-se que em Locke,[5] Montesquieu[6] ou Rousseau,[7] conquanto a lei não possa ser definida em termos substantivos, tem ela como pressuposto

---

1 Texto publicado, originalmente, na *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* (Curitiba, v. 9, p. 346-360, 1996). Também houve publicação na *Revista da Procuradoria Geral da República* (v. 9, p. 43-57, 1997) e nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* (v. 1, n. 21, p. 124-137, 1997).

2 CARRÉ DE MALBERG. *Teoría general del derecho*.

3 VAZ. *Lei e reserva de lei*: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976.

4 POULANTZAS. *O poder, o Estado, o socialismo*.

5 FERREIRA FILHO. *Do processo legislativo*, p. 43.

6 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*.

7 FERREIRA FILHO. *Do processo legislativo*, p. 49.

um determinado conteúdo. Exatamente porque a lei expressa um comando genérico e abstrato, no caso de Rousseau, configurando a sua generalidade mecanismo de limitação do arbítrio (pensamento de Montesquieu), ela é tributária de uma técnica, de um artifício criado pela doutrina política moderna para fazer da lei um instrumento para a defesa da liberdade. Embora a lei não seja definida pelo seu conteúdo, a liberdade (burguesa) e a igualdade (formal) substanciam seus pressupostos materiais.

A sociedade burguesa reclamava segurança jurídica e unidade do Direito para o exercício satisfatório da autonomia privada e da liberdade de circulação de mercadorias ou de comércio. Este é o momento em que ocorre a identificação do Direito com o Estado. O Direito identifica-se com a lei produzida pelo Estado.

Não há um conceito universal de lei. É necessário ter em vista o conceito de lei aplicável a esta ou àquela ordem jurídica. Cumpre, por isso mesmo, empreender esforço para a compreensão do sentido da lei no universo constitucional brasileiro desenhado pela Constituição Federal de 1988.

O Constituinte utiliza a expressão lei no *caput* do artigo 5º: "Todos são iguais perante a lei", com o sentido de ordem jurídica. Logo mais, no artigo 5º, inciso XXXIX, a expressão lei aparece com sentido de ato legislativo votado pelo Parlamento e, em especial, a lei ordinária: "Não há crime sem lei anterior que o defina". No artigo 5º, inciso XXXV, a lei é identificada como qualquer ato normativo, incluindo a emenda constitucional: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Já no artigo 173, §3º, a lei pode ser qualquer ato legislativo. "A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade".

Como se vê, da leitura da Constituição decorrem significados distintos para a palavra "lei" conforme o dispositivo da Lei Fundamental. De qualquer maneira, para o direito constitucional brasileiro, a lei é sempre um meio de criação ou introdução de direito novo pelo órgão competente do Estado. Não há lei sem atividade do Estado. A lei é, necessariamente, ato que decorre do exercício da função legislativa exercitada pelo Poder Legislativo propriamente dito — Congresso Nacional — ou, eventualmente, por outro Poder, como é o caso do Presidente da República (leis delegadas ou medidas provisórias).

Para identificar o núcleo do conceito de lei na Constituição de 1988 cumpre realizar um breve passeio sobre a caminhada da teoria constitucional a respeito da matéria.

A doutrina constitucional, por meio de esforços teóricos sensíveis, ensaiou diversas aproximações. O primeiro ensaio cuidava da lei a partir de determinado conteúdo. Originária da Alemanha, mais precisamente, da doutrina dualista oitocentista germânica, a teoria de Laband foi aproveitada por Jellinek.[8] A história alemã não experimentou um processo revolucionário como a francesa. A Alemanha desenvolveu, ao contrário, um processo de transição no qual a monarquia manteve os seus poderes legitimados pela tradição. Ao mesmo tempo, todavia, as classes burguesas conseguiram controlar o aparato estatal por meio da conquista do Parlamento. A teoria alemã, portanto, precisou criar uma arquitetura política adequada para conciliar as diferenças entre o monarca (com as forças que o apoiavam) e a burguesia instalada no Parlamento.

Dentro desse contexto, aparece a teoria dualista do Direito para a qual a lei é o ato votado pelo Parlamento destinado à criação de regras de direito. Pouco importa se a regra jurídica é geral, abstrata ou impessoal, porque a lei não é definida a partir de sua estrutura. Se o ato legislativo interfere na esfera pessoal dos cidadãos, nomeadamente

[8] CANOTILHO. *Direito constitucional*.

nos sítios da liberdade e da propriedade, trata-se de uma regra que somente pode ser introduzida pelo Parlamento. Todos os demais atos normativos que não cuidem de problemas relativos aos territórios da liberdade e da propriedade prescindiriam do Parlamento, podendo ser providenciados pelo monarca. Logo, a organização do Estado, do funcionalismo, a disciplina da administração pública, todas estas questões ficam fora do campo das regras de direito veiculadas por atos legislativos votados pelo Parlamento. Constituem, bem por isso, terreno livre destinado à atuação normativa do monarca.

Por conseguinte, na Alemanha do século XIX, a lei podia ser definida pelo seu conteúdo. Se o ato do Poder Público interferisse na esfera subjetiva dos cidadãos, especialmente nos âmbitos da liberdade e da propriedade, exigir-se-ia um ato legislativo. A lei, então, só poderia tratar de regras de Direito. Tudo o mais remanesceria nas mãos do Executivo.

A segunda tentativa, derivada do processo revolucionário, aparece na França. Cuida-se aqui de estabelecer um conceito de lei não tributário de determinado conteúdo. Nos termos da doutrina francesa arranjada por Carré de Malberg[9] a partir das lições de Montesquieu, Rousseau e Locke, para assumir o regime típico da lei é necessário que o ato provenha do Legislativo (origem), apresentando as características de generalidade, abstração e permanência (estrutura).

No entanto, apesar do conteúdo não ser determinante para a conceituação da lei, ele é dela pressuposto, uma vez que a generalidade é garantia da liberdade. Naquele experimento do voto censitário, quando a classe burguesa dirigia o Parlamento, era natural que as casas legislativas, apoiadas nas concepções políticas e jurídicas derivadas do liberalismo, se manifestassem por meio das assim chamadas *leis de arbitragem*.[10] Por outro lado, também era natural que este tipo de lei fosse suficiente para garantir a liberdade e a propriedade como queria, afinal, a classe burguesa emergente.

Surpreendente é que o Parlamento, castelo da classe ascendente, em virtude do processo de democratização pela qual passava o mundo ocidental, converteu-se no lugar da disputa política. Se num primeiro momento os parlamentares, provenientes de uma mesma classe, debatiam para encontrar, supostamente através do uso da razão, a lei adequada e justa; num segundo momento, quando o Parlamento incorpora, mercê do recém-conquistado sufrágio universal, representantes de todas as classes sociais, a lei se converte simplesmente em manifestação da vontade política da maioria.[11] Portanto, cada vez menos a lei está ligada a um determinado pressuposto de ordem material.

A lei agora se define pela forma que assume. Trata-se de instrumento para a veiculação de decisões políticas do Parlamento composto por representantes de todas as classes sociais. A lei, neste ponto, é o resultado da luta política travada na arena parlamentar. A democratização da sociedade, ao conferir legitimidade para o universo político, importa no afastamento do universo jurídico das exigências de cunho substantivo.

O terceiro ensaio, reportado nesta exposição, propõe um conceito de lei derivado de determinado regime jurídico. Depois das duas Grandes Guerras, particularmente após a Segunda, o Estado mínimo, preocupado basicamente com a produção da ordem jurídica, segurança interna e relações externas, sofre um processo que, ao seu cabo, autoriza o nascimento do Estado-Providência ou do Estado Social. Neste tipo de organização política, o Poder Público tem tarefas a cumprir. E não são poucas. Uma série

[9] CARRÉ DE MALBERG. *Teoría general del derecho*, p. 309.

[10] FERREIRA FILHO. *Do processo legislativo*.

[11] FERREIRA FILHO. *Do processo legislativo*.

de matérias, antes deixadas à regulação derivada da autonomia da vontade (liberdade contratual), passam a depender da providência da autoridade.

Com esse tipo de Estado, os ensaios conceituais anteriores deixam de dar conta do fenômeno legal. A lei contemporânea não pode ser definida pelo critério do conteúdo porque não tem nenhum compromisso prévio com este ou aquele campo substantivo. Também não pode ser definida a partir de sua conformação — generalidade e abstração — porque o Estado agora utiliza a lei não apenas como meio de arbitragem, mas também como instrumento para a satisfação de determinados objetivos concretos. Hoje, a lei votada pelo Parlamento é, muitas vezes, transitória, criada para resolver questão vinculada a singular conjuntura. Uma *lei-objetivo*,[12] dirigida à solução de questão concreta, atingindo situações e grupos específicos.

Exigiu-se, nos últimos tempos, um renovado esforço doutrinário voltado à elaboração de um adequado conceito de lei. Um conceito suficiente para dar conta de renovado momento histórico. Percebe-se aqui e acolá algum desconforto entre os juristas. Dizem alguns: não, isso não é lei! E, no entanto, é! Isso não é Direito! E, no entanto, é! O Direito está em crise! Afinal, o que significa isso? Ora, o desconforto decorre da percepção de que os velhos conceitos ditados pela teoria constitucional dos séculos XVIII, XIX e início do século XX não mais se ajustam à realidade contemporânea.

Convém aceitar, fazendo uso da tipologia de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que em determinadas circunstâncias o Estado pode legislar não com o objetivo de adotar *regras de arbitragem*, mas, antes, para introduzir comandos *de impulsão* na ordem jurídica.[13] Trata-se, também, de admitir a legitimidade dos atos definidos como *leis-objetivo*, ou seja, aqueles orientados à disciplina de circunstâncias concretas, sendo, simultaneamente, lei e execução de lei. Atos que ostentam, ao mesmo tempo, por via de consequência, características de lei e do ato administrativo.

A *lei-objetivo* identifica-se com a *medida* na linguagem de Carl Schmitt.[14] Para Ernst Forsthoff,[15] aquela lei não substancia simplesmente *medida*, mas antes ato legislativo emanado do órgão estatal no exercício da função legislativa, nem sempre monopolizada pelo Poder Legislativo.

Entre nós, o conceito de lei é tributário do regime jurídico definido pela Constituição. A lei consubstancia decisão veiculada por um ato típico contemplado, em número fechado, no art. 59 da Lei Fundamental. Manifesta-se, portanto, o princípio da tipicidade dos atos legislativos; apenas os elencados no art. 59 configuram atos legislativos.

Advirta-se, porém, que a adoção de critério formal pelo sistema constitucional brasileiro não significa que possa a lei veicular qualquer conteúdo. Afirma-se apenas que a lei não pode ser definida pela sua estrutura ou por seu conteúdo. Embora ela não possa ser definida a partir de critérios substantivos, o seu conteúdo será aquele e apenas aquele compatível com a Constituição. É dizer, o universo da lei deve guardar coerência com a reserva de justiça[16] plasmada no Texto Constitucional.

Logo, é válido afirmar que, no país, a lei injusta é potencialmente inconstitucional. A razão para isto reside no fato de que a Lei Fundamental, além de organizar os Poderes, e isso é tudo o que faziam as velhas Constituições estatutárias, cuida também da sociedade. Justamente no espaço de regulação da sociedade é que reside a singularidade

---

[12] GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 183. O autor prefere a expressão "normas-objetivo".

[13] FERREIRA FILHO. *Do processo legislativo*, p. 32.

[14] Sobre este assunto, consultar, especialmente: CANOTILHO. *Direito constitucional*, p. 613.

[15] CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 209-238.

[16] Cf. VIEIRA. *A Constituição e sua reserva de justiça*.

das Constituições contemporâneas, entre as quais a brasileira. Ora, a normatividade constitucional abraça um conjunto de princípios (veiculando valores fundamentais) que condensam os *standards* de justiça da sociedade brasileira. Tem-se, portanto, uma Constituição material, uma reserva de justiça fincada no território discursivo da Constituição formal.

Então, embora definida em função do regime jurídico ao qual se submete e, por isso, também da forma que assume, a lei está autorizada a veicular apenas conteúdo compatível com a materialidade constitucional. Isto não implica confundir o ato de legislar com o de executar. A atividade do Legislador não pode ser tomada como espécie de execução da Constituição. Conforme adverte José Joaquim Gomes Canotilho,[17] o fato de os atos legislativos estarem sujeitos a determinado conteúdo previamente plasmado na Constituição não retira do Legislador a liberdade de configuração normativa.

Portanto, embora o ato legislativo não se confunda com a mera execução, gerindo o Legislador um terreno de ação livre, a disciplina legislativa sofre restrição (campo de liberdade de conformação) em razão da normatividade substantiva da Constituição. É claro que a liberdade de conformação normativa é maior ou menor de acordo com o lugar que o Parlamento ocupa na máquina constitucional. Desacreditado enquanto órgão de garantia dos direitos e liberdades, ele pode ceder espaço para o exercício da jurisdição constitucional. Os horrores do século XX ensinaram que o Legislador pode falhar. Depois da Segunda Grande Guerra, a confiança antes inteiramente depositada nas mãos do Legislador parece ter se deslocado para o Constituinte e sua obra. Aliás, mais do que para a Constituição, transitou para abraçar a jurisdição constitucional. Com efeito, no mundo ocidental, a própria Constituição é garantida pela jurisdição constitucional exercida pelo Poder Judiciário ou pelas Cortes Constitucionais.

A significante lei, em sentido lato, pode ser traduzida como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo). Trata-se de ato dotado de força e forma de lei. As espécies normativas consagradas no art. 59 da Constituição, à exceção da emenda constitucional, substanciam atos legislativos. Tais atos estão elencados em *numerus clausus* na Constituição, razão pela qual o seu número não pode ser ampliado, a não ser em face de reforma constitucional. Apenas as espécies previstas pela Constituição dispõem de força de lei. Vigora, portanto, no âmbito constitucional, o princípio da tipicidade dos atos legislativos.

2.2 O papel da lei

O Parlamento, através da lei, já desempenhou a função de arbitrar conflitos de valores, posições e interesses. Bem por isso, a lei tinha um fim conservador: regular as relações sociais cristalizadas. A visão do Estado mínimo é a do ato legislativo como instrumento de conservação. Sim, porque conquistado o aparelho de Estado, cabia à classe hegemônica manter as concepções políticas e jurídicas que lhes eram favoráveis.

No momento da emergência do Estado Social, a lei foi tocada por perceptíveis alterações finalísticas e estruturais. Aparecem, convém remarcar, as *leis-objetivo*. Nesta altura, a lei adquire o caráter de instrumento de intervenção orientada à mudança. Através dela a autoridade interfere na realidade jurídica para transformá-la. O Estado deixa a posição de guardião do *status quo* para assumir o papel de agente da história.

[17] CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 209-238.

Instrumento de conservação ou de intervenção, a lei também desempenha função de integração. Afinal, ela conforma um corpo simbólico que integra os habitantes de determinado território num universo de valores (a comunidade), estimulando, ademais, o sentimento de pertencimento a um destino comum.

Numa sociedade pluralista, como a brasileira, a lei não veicula necessariamente uma vontade geral, mas antes uma espécie de vontade política provisória.[18] Provisória, porque decorrente de compromissos e negociações realizados no Parlamento. A lei configura, então, o último momento de um processo: o da condensação das relações de força presentes no seio do Estado. Esta relação de forças, dinâmica por excelência, é sempre instável. Por isso, atualmente, o mundo é tocado pelo influxo do que a doutrina convencionou chamar de *inflação legislativa*. Os Estados contemporâneos, particularmente os Estado emergentes, desenvolvem prolífica atividade legiferante. No entanto, a lei será sempre um instrumento de integração que condensa as relações de força presentes no seio político.[19]

2.3 Ato legislativo e Poder Executivo

Demonstrou-se que a lei, em nosso país, vincula-se a determinado regime jurídico e ao princípio da tipicidade dos atos legislativos (art. 59 da CF). Demonstrou-se, também, que o Constituinte admitiu, com limites, o exercício da função legislativa pelo Poder Executivo.

Ora, nos Estados Democráticos de Direito, o Poder Executivo, em geral, legisla em virtude de (i) *delegação nominada* (a lei delegada); (ii) *atribuição constitucional sem delegação* (a medida provisória ou o decreto-lei) ou de (iii) *delegação informal ou inominada* (Estados Unidos da América e Brasil durante a Primeira República: regulamentos delegados).[20]

Na primeira hipótese a delegação autoriza o Executivo a baixar ato normativo com força e forma de lei (ato legislativo). Este tipo de delegação pode ser encontrado nas Constituições do pós-guerra, especialmente nas da França, Portugal, Espanha e Itália. O Brasil adotou a lei delegada valendo-se da experiência italiana. A Constituição italiana admite a delegação em seu art. 76.

A segunda espécie de delegação do Parlamento, a inominada ou informal, implica a produção, pelo Executivo, de ato normativo despido de força de lei. É o caso da experiência americana. O Congresso vota uma lei definindo parâmetros, *standards* ou princípios que, depois, serão complementados pela ação regulamentar do Executivo. O Poder Executivo norte-americano legisla (apenas no sentido material da expressão), então, em virtude de delegação informal.

O Brasil experimentou uma espécie de delegação informal na vigência da Constituição de 1891, quando a ordem jurídica ainda não conhecia os decretos-lei e as leis delegadas.[21]

A delegação informal não se confunde com a nominada por duas razões. Na primeira, o beneficiário não será necessariamente o Governo ou o Presidente da República, podendo ser qualquer órgão do Estado. Em segundo lugar, o ato normativo não terá forma de lei, mas de regulamento, não obstante este tipo de delegação possa estar

[18] Cf. FERREIRA FILHO. *Do processo legislativo*.

[19] POULANTZAS. *O poder, o Estado, o socialismo*.

[20] CLÈVE. *Atividade legislativa do poder executivo*.

[21] LEAL. *Problemas de direito público*.

prevista no Texto Constitucional. Normalmente, no entanto, não há referência expressa na Constituição, tratando-se de artifício para ampliar o poder regulamentar do Executivo, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e ocorreu na França no contexto da Constituição de 1946 e no Brasil na Primeira República. Entre nós, atualmente, não são admitidos os regulamentos delegados, uma vez que o Constituinte previu expressamente, com regime peculiar, a lei delegada.

O sistema jurídico brasileiro autoriza, ainda, a atuação normativa do Executivo sem delegação. O direito constitucional contemporâneo conhece, pelo menos, quatro fórmulas distintas de *atribuição constitucional sem delegação*: (i) a fórmula das leis de quadro, (ii) a dos decretos-lei (caso da medida provisória brasileira), (iii) o expediente da separação dos domínios materiais da lei e do regulamento (Constituição francesa de 1958) e, finalmente, (iv) a técnica dos regulamentos de execução (comum a todos os Estados). Os Estados, em geral, adotam pelo menos a última das fórmulas.

A técnica das leis de quadro é simples. Após a aprovação, pelo Poder Legislativo, de lei cuidando dos princípios, diretrizes ou bases de determinada matéria, o desenvolvimento dos preceitos legais é levado a efeito pelo Executivo. É similar ao que ocorre no Brasil em relação às matérias compartilhadas na Federação (competência concorrente). Nessa hipótese, a União edita normas gerais e os Estados exercem a competência supletiva ou suplementar. A diferença é que, no caso das leis de quadro, o Poder Executivo completa os comandos não por meio da lei e sim por meio do regulamento (caso da França). É possível, no entanto, que a complementação seja viabilizada por via do decreto-lei, como ocorre em Portugal.

A técnica das leis de quadro apresenta inúmeras variações: há o modelo português, o espanhol, o italiano, entre outros. O brasileiro, naquilo que se reporta à divisão espacial do poder, é tributário dos dois últimos. Curioso é o modelo francês de separação entre os domínios da lei e do regulamento. Nesse sistema, a Constituição estabelece o rol de matérias suscetíveis de tratamento por meio de lei (as dispostas no art. 34 da Constituição de 1958), sendo certo que as demais matérias podem ser objeto de tratamento por meio de regulamento. Não há dúvida de que o modelo pode implicar sensível enfraquecimento do Legislativo.

O Executivo no Brasil, e não podia ser diferente, também exerce o poder regulamentar, atividade normativa subordinada. No que tange à atividade legislativa, aquela dirigida à produção de atos normativos com força de lei, dela resultam a lei delegada, sempre pouco manejada, e a medida provisória.

2.4 A título de conclusão

Os conceitos jurídicos estão passando por um processo de mutação impressionante. O operador jurídico, nesse quadro, sente certo desconforto quando percebe que as velhas lições aprendidas na Faculdade e experimentadas no foro não dão mais conta dos desafios contemporâneos. A atividade jurídica exige, atualmente, um renovado perfil para o jurista. A ordem jurídica brasileira, apesar de todos os problemas, é uma das mais modernas do mundo. Os seus institutos, quando comparados com os de outros países, aparecem em situação de vantagem. O país necessita, todavia, de uma consciência jurídica especialmente comprometida com a Constituição e com os seus valores. Em nossa história, jamais a ordem jurídica exigiu tanto dos profissionais do Direito. A realização da Lei Fundamental significa a possibilidade de uma civilização comprometida com a democracia, a igualdade e a liberdade. A comunidade republicana de livres e iguais é

a utopia contemporânea dos brasileiros. Uma utopia democrática que será realizada a despeito daqueles que afirmam ser isso impossível porque, como disse o poeta em dia de desconsolo, "tudo depende do que não existe" (Fernando Pessoa. *O peso de haver o mundo*. Poesias coligidas). É mesmo?

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CARRÉ DE MALBERG, Raimond. *Teoria general del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1973.

POULANTZAS, Nicos. *O poder, o Estado, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei*: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEDIDAS PROVISÓRIAS E TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988[1]

3.1 Introdução

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, determinada doutrina chegou a sustentar que as medidas provisórias poderiam disciplinar qualquer matéria.[2] Argumentava-se que a Constituição não enumerava as matérias suscetíveis de tratamento pela medida provisória, ao contrário da anterior, em relação aos decretos-leis.[3]

---

[1] O presente texto, preparado como singela homenagem ao notável jurista Edvaldo Brito, segue, embora pontualmente modificado, estudo publicado no livro *Medidas provisórias* (3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

[2] Entre alguns, cumpre referir: RAMOS. Medida provisória. *In*: XAVIER; COSTA *et al*. *A nova ordem constitucional*; FILOMENO. Infrações penais e medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, p. 368 e TÁCITO. *Medida provisória em matéria tributária*: uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica, p. 52. Sustentava Caio Tácito que: "Se, como acima exposto, a nova Constituição é mais restrita no tocante à eficácia das medidas provisórias, de outra parte, concede ao Presidente da República, uma vez presentes os pressupostos de relevância e urgência, latitude irrestrita para edição de ato emergencial, com força de lei. Abandona-se a qualificação específica da Constituição de 1967. Não há mais limites, em razão da matéria, à iniciativa presidencial, a ser exercida em qualquer das áreas de competência legislativa da União". Caio Tácito, surpreendentemente, admitiu, inclusive a incursão das medidas sobre as matérias reservadas à lei complementar: "Não há como tratar diversamente a validade da medida provisória quando a matéria versada deve ser objeto de lei ordinária, ou de lei complementar. A nosso ver, caberá tão somente, na última hipótese, que a conversão em lei ou a rejeição da medida provisória obedeçam, na decisão plenária, à qualificação de *quorum* prevista no art. 69 da CF, ou seja, deliberação por maioria absoluta" (*Medida provisória em matéria tributária*: uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica, p. 54).

[3] Houve projetos de lei complementar e de emenda constitucional tendo por objetivo definir as matérias insuscetíveis de tratamento por medidas provisórias. Embora a EC nº 32/2001 tenha atendido, em parte, a exigência de mais clareza no tratamento constitucional da matéria, ela não representa um ponto final sobre a discussão, tendo em vista os projetos de emenda constitucional ainda em tramitação. Na Espanha, a Constituição arrola expressamente as matérias sobre as quais o decreto-lei não pode incidir: instituições básicas do Estado, direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, o regime das Comunidades Autônomas e o direito eleitoral em geral, conforme disposto em: ROYO. *Curso de derecho constitucional*, p. 830. Disto resulta que, naquele país, o decreto-lei incide sobre território mais restrito que aquele da legislação delegada. Questão tormentosa envolve a incidência dos decretos-leis sobre os direitos e deveres dos cidadãos. O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a matéria algumas vezes e de forma mais incisiva na Sentença nº 111/1983, de 02 de dezembro. Nesta, o Tribunal afirma que uma interpretação muito restritiva do art. 86.1 esvaziaria o conteúdo da figura do decreto-lei, despindo-o de funcionalidade. O problema interpretativo centra-se no verbo "afetar" que o Tribunal considera como dotado de um conteúdo muito amplo, mas que não exclui a incidência propriamente dita, pois de outra forma seria difícil imaginar um decreto-lei que não afetasse o conteúdo do Título I. Assim, admite a possibilidade de o decreto-lei incidir no âmbito dos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos, com a ressalva de que esta incidência não pode chegar ao ponto de regular o regime geral dos direitos, deveres e liberdades. Tampouco pode atentar contra o conteúdo essencial de tais direitos e liberdades, pois o verbo "afetar" deve

Antes mesmo da promulgação da EC nº 32/2001, este autor, advogando que a interpretação da nova Constituição, sempre generosa com os direitos fundamentais, exige maior dose de sofisticação,[4] repelia o entendimento. Tratando-se, a Lei Fundamental, de um todo unitário, a interpretação sistemática,[5] embora com o auxílio inestimável dos demais elementos de interpretação, é indispensável para a apreensão do correto sentido de seus dispositivos. Por isso que, no silêncio da Constituição, em sintonia com as exigências do Estado Democrático de Direito, cabe à doutrina apontar, a partir de uma adequada reconstrução da normatividade constitucional, compreendida enquanto sistema, as limitações materiais às medidas provisórias.

A verdade é que, embora o relativo consenso alcançado pela doutrina a propósito da matéria, o apontado silêncio quanto às hipóteses de (não) cabimento de medida provisória contribuiu para o abuso na utilização do instrumento normativo. Neste ponto, atendendo em parte ao clamor da sociedade, o Congresso Nacional promulgou a EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, por meio da qual, exercendo o Poder Constituinte reformador, alterou de modo considerável o regime jurídico das medidas provisórias, inclusive para apontar, de modo expresso, certos limites materiais à edição da providência normativa de urgência (art. 62, §1º, CF).

A indicação de um rol de matérias insuscetíveis de tratamento por medida provisória confirmou algumas das limitações substantivas já apontadas pela doutrina,[6] por nós, inclusive, em outra oportunidade.[7] Agora, com o presente texto, cumpre discorrer, ainda que brevemente, sobre questão da maior significação: a possibilidade da medida provisória incursionar sobre a província jurídica tributária. Trata-se de questão velha, cumpre reconhecer, discutida desde a época do antigo decreto-lei.[8]

---

ser interpretado como "incidência no estatuto jurídico dos direitos, deveres e liberdades, ou seja, como norma que afeta o regime jurídico geral dos mesmos" (ROYO. *Curso de derecho constitucional*, p. 831-832). Na Itália, cuja Constituição não define expressamente as matérias excluídas da incidência do decreto-lei, tramita projeto pretendendo alterar substancialmente a redação do art. 77. Com efeito, em 21 de junho de 2007, a Comissão da Câmara dos Deputados, durante exame conjunto de várias propostas de revisão dos artigos constantes da Parte II da Constituição (relativos à forma de governo, composição e funções do Parlamento e exercício da função legislativa), adotou texto base que substitui inteiramente o art. 77 vigente, excluindo e acrescentando novos elementos. Basicamente, as mudanças vão no seguinte sentido: a) exclui-se inteiramente o primeiro parágrafo, que atualmente veda ao Governo emanar, sem delegação das Câmaras, decretos que tenham valor de lei ordinária; b) exclui-se, do segundo parágrafo, o trecho que permite ao Governo adotar as medidas provisórias com força de lei "sob sua responsabilidade"; c) ainda no segundo parágrafo, inserem-se limitações que trazem vedações e permissões ao âmbito material da decretação de urgência, muitas das quais já previstas pela Lei nº 400 de 1988; d) a Lei de Conversão deverá limitar-se ao conteúdo do decreto-lei, não podendo nele introduzir novas matérias; e, por fim, e) mantém-se o prazo decadencial de 60 dias, determinando, ainda, às Câmaras que assegurem em seus regulamentos que tal prazo seja observado. Essas informações, bem como um conciso panorama da disciplina jurídica do decreto-lei no ordenamento italiano, podem ser consultadas no *Dossier di Documentazione* (n. 89, 04 jul. 2007), elaborado pela Câmara dos Deputados (Disponível em: <www.camera.it>).

4 Sobre o tema, consultar, entre outros: BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*; BASTOS. *Hermenêutica e interpretação constitucional*; FREITAS. *A interpretação sistemática do direito*; BASTOS; BRITTO. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*; FERRAZ. *Processos informais de mudança da Constituição*, especialmente, p. 19-171; COELHO. *Interpretação constitucional* e BERTI. *Manuale di interpretazione costituzionale*.

5 Isto para ficar apenas com os elementos oferecidos pelo método tradicional (jurídico) de interpretação.

6 Ávila afirma que: "Os *limites materiais* para a edição de medidas provisórias, instituídos pela emenda constitucional, não diferem muito dos anteriormente existentes. A emenda constitucional incluiu no texto constitucional aqueles limites que já haviam sido encontrados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina" (*Sistema constitucional tributário*, p. 128). Nesse sentido, afirma Nascimento que "a doutrina vinha sustentando uma série de vedações implícitas, em geral acompanhadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal. [...] A Emenda tratou de positivar aquilo que era pacífico. Então, cabe indagar, os limites preexistiam à Emenda? Seu teor é de inovação ou de interpretação?" (*Abuso do poder de legislar*: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália, p. 251).

7 Desde a primeira edição do livro *Medidas provisórias* (3. ed., 2010).

8 A propósito conferir: MANEIRA. *Direito tributário*: princípio da não surpresa, p. 110-111. No contexto do decreto-lei, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento favorável à sua utilização em matéria tributária, inclusive para criar e aumentar tributos (*v.g.*: *RTJ*, 62:819 e *RTJ*, 116:1138).

3.2 A Emenda Constitucional nº 32/2001, tributação e medida provisória

Com a EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, o tema ganhou novos contornos, tendo em vista que foi acrescido o §2º ao art. 62 da Constituição, nos seguintes termos: "Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada."

Antes da emenda, significativa parcela da doutrina nacional posicionava-se contra a possibilidade de instituição ou majoração de tributos por medida provisória. Já o Supremo Tribunal Federal aceitava tese contrária.[9] Com a mudança do texto constitucional, restou confirmada a possibilidade de medida provisória tratar de matéria tributária em relação aos *impostos*. Humberto Ávila pretendia que a referida emenda tornasse "expressa a competência para a instituição de tributos, afastando antigas disputas doutrinárias".[10] Outros juristas, entretanto, continuam a defender, mesmo após a reforma constitucional, que medida provisória não substancia instrumento normativo apto para instituir ou majorar tributos,[11] ou, ao menos, determinados tipos de tributos.[12] Nesta altura, diante do quadro, aceite-se que o novo regime constitucional da legislação de urgência não conseguiu impedir a continuação da discussão sobre a matéria, razão pela qual ainda há sentido na busca de uma proposta doutrinária constitucionalmente adequada. Disto, o presente ensaio cuidará a seguir.

3.2.1 Impostos

Cumpre, desde logo, ressaltar que a dicção constitucional refere-se apenas aos *impostos*.[13] A interpretação, como se sabe, tem como limite o texto.[14] Imposto não

---

[9] "[...] já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADI nº 1.417-MC)." (STF, ADI nº 1.667-MC, j. 25.09.1997, Rel. Min. Ilmar Galvão. *DJ*, 21 nov. 1997).

[10] ÁVILA. *Sistema constitucional tributário*, p. 128.

[11] KADRI. *O Executivo legislador*: o caso brasileiro, p. 186; CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 295; VIEIRA. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. *In*: FISCHER (Org.). *Tributos e direitos fundamentais*, p. 211; OLIVEIRA. *A EC 32 e a criação ou majoração de tributos via medida provisória*: a "constitucionalização do equívoco", f. 108; CARVALHO. *Curso de direito tributário*, p. 73.

[12] BARIONI. *Medidas provisórias*, p. 109.

[13] Entendendo que o texto constitucional abarca todas as espécies de tributos: PIMENTA. As medidas provisórias em direito tributário: inovações da emenda constitucional nº 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, p. 102-103; SZKLAROWSKY. *Medidas provisórias*: instrumento de governabilidade, p. 154; DAMOUS; DINO. *Medidas provisórias no Brasil*: origem, evolução e novo regime constitucional, p. 135; GALIANO. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 204-206. Para este último, os impostos são as espécies tributárias que maiores exigências requerem. Logo, sendo possível editar medida provisória nessa seara, é possível também em se tratando das demais espécies tributárias. Nesse sentido, é interessante notar que o Decreto nº 4.176/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, interpretou extensivamente a locução "impostos" contida no §2º do art. 62 da Constituição. Tal ampliação pode ser notada nos arts. 12, 13 e 14, que aludem, respectivamente, a tributos *lato sensu*, contribuição social e taxa. "Art. 12. No projeto de lei ou de medida provisória que institua ou majore *tributo*, serão observados os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributárias, estabelecidos, respectivamente, nas alíneas 'a' e 'b' do inciso III do art. 150 da Constituição. Parágrafo único. O disposto no *caput*, quanto ao princípio da anterioridade tributária, não se aplicará aos projetos que visem à majoração dos impostos previstos nos arts. 153, incisos I, II, IV e V, e 154, inciso II, da Constituição. Art. 13. No projeto de lei ou de medida provisória que institua ou majore *contribuição social*, incluir-se-á dispositivo com a previsão de cobrança do tributo somente após noventa dias da data da publicação do ato normativo. Art. 14 No projeto de lei ou de medida provisória que institua ou majore *taxa*, o valor do tributo deverá ser proporcional ao custo do serviço público prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição" (grifos nossos). A normativa, em nosso juízo, é criticável. Neste texto, está se a defender uma interpretação restritiva do termo "impostos" contido na norma constitucional.

[14] HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 33-50, e especialmente, p. 48-50; MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 51-97.

pode ser lido como compreendendo todos os tributos. O entendimento, aliás, guarda sintonia com o caráter excepcional da medida provisória no sistema constitucional brasileiro. E bem se sabe que as exceções devem ser interpretadas restritivamente.[15] Portanto, se a Constituição se reporta a *impostos*, nela não se pode ler *tributos*.[16] Ainda mais quando está a tratar de um instituto legislativo que, no Estado Democrático de Direito, exigente de amplo processo público de deliberação, deve ser manejado de modo parcimonioso e extraordinário.

Por outro lado, entende-se que o §2º do art. 62 inovou no regime jurídico da medida provisória, dispensando, apenas em relação aos *impostos*, a demonstração de urgência.[17] Passa-se, afinal, a admitir — ao contrário do que antes a melhor doutrina, com acerto, sempre sustentou — medida provisória com eficácia diferida na hipótese. Conforme o dispositivo, a medida não produz efeitos desde logo, mas apenas após a sua conversão em lei. A medida equivale, portanto, na prática, a um meio para deflagrar o processo legislativo, tal qual um projeto de lei.[18] Neste caso, em relação aos impostos, o ato emergencial muda de natureza. É apenas iniciativa de lei submetida a regime distinto de deliberação parlamentar.

Ganha relevo a distinção feita por Galiano[19] no sentido de que as medidas provisórias podem instituir o tributo, mas não exigi-lo. Assim, pela nova redação constitucional, tem-se

---

[15] Irretocável a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz: "Com efeito, afora outros aspectos, ensina a doutrina que cláusulas excepcionais devem ser interpretadas de modo estrito, sob variada ótica: em primeiro lugar, uma norma constitucional de exceção deve ser interpretada em consonância com o princípio da unidade da Constituição e de conformidade com o sistema constitucional; de outro lado, não pode o intérprete lhe dar alcance maior do que a letra constitucional permite, nem pode o intérprete dar à norma excepcional interpretação extensiva para alcançar situações, hipóteses, relações não admitidas na expressa dicção constitucional; e não pode igualmente excluir da expressa previsão constitucional situação ali prevista e contida. Nenhum argumento utilizado pelo intérprete será válido para dar à norma constitucional alcance ou abrangência que nela não se contém; nem mesmo a invocação de razões de equidade, de justiça, de fins politicamente corretos, de economia processual etc. poderá ser adequada e constitucionalmente utilizada. Tal interpretação subverteria o princípio da supremacia constitucional e a cláusula constitucional excepcional, fazendo do intérprete verdadeiro autor de norma constitucional originária, o que repugna à natureza da interpretação constitucional" (Medidas provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 14-15). Ora, "a medida provisória configura, de modo evidente, espécie normativa revestida de excepcionalidade frente ao princípio da separação de poderes, e, por consequência, aos princípios da legalidade e da segurança jurídica: de um lado, por romper o monopólio da função legislativa do Congresso Nacional, e de outro, por ter necessariamente prazos pré-determinados de duração de sua validade e de produção de efeitos" (FERRAZ. Medidas provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 16-17).

[16] Nesse sentido: BARIONI. *Medidas provisórias*, p. 109 e TAVARES. *Medida provisória em matéria tributária*: uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica, p. 97.

[17] Aludindo à falta do pressuposto da urgência na hipótese do §2º do art. 62, ver: SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 533. Nesse sentido, Leon Frejda Szklarowsky aponta que haveria até mesmo uma incongruência entre o §2º e o *caput* do art. 62, visto que aquele dispensa e este exige urgência para a edição de medida provisória (SZKLAROWSKY. *Medidas provisórias*: instrumento de governabilidade, p. 162). Por tal incongruência José Roberto Vieira alude à inconstitucionalidade da emenda, nessa seara (Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. *In*: FISCHER (Org.). *Tributos e direitos fundamentais*, p. 211). Karem Oliveira proclama que o §2º mutila o próprio instituto da medida provisória e, por isso, houve a constitucionalização de um equívoco (*A EC 32 e a criação ou majoração de tributos via medida provisória*: a "constitucionalização do equívoco", f. 179).

[18] Para Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado, as medidas provisórias, quanto à criação ou ao aumento de impostos, possui apenas a função de iniciativa legislativa do Chefe do Executivo, desencadeando o processo de elaboração da lei em que será convertido o projeto aprovado (CARVALHO. *Curso de direito tributário*, p. 74; MACHADO. *Curso de direito tributário*, p. 84).

[19] "Devemos ter em mente que uma coisa é *introduzir* normas gerais e abstratas no sistema, algo de que o veículo normativo medidas provisórias pode se incumbir. Situação plenamente diversa é a possibilidade dessas normas estarem aptas a *produzir modificações na realidade* social. Por força do princípio da estrita legalidade, o que confere *eficácia* à norma tributária, inserida por medida provisória e pela qual se instituiu ou majorou tributos, é a sua conversão em lei ordinária" (GALIANO. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 209, grifos nossos).

que os impostos não podem ser exigidos simplesmente com base na medida provisória; faz-se necessária sua conversão em lei.[20] Por essa razão, em relação aos impostos, entende-se não se manifestar, com a edição do ato normativo extraordinário, violação do princípio da legalidade tributária.[21]

O princípio referido continua substanciando inafastável argumento doutrinário contra a veiculação das demais espécies tributárias por medidas provisórias. Considerando que as limitações constitucionais ao poder de tributar substanciam direitos individuais fundamentais, embora plasmadas em distinto capítulo da Constituição,[22] pode-se invocar, com o cuidado necessário, o especificado no art. 68, §1º, da CF para sustentar a impossibilidade da incidência das medidas provisórias sobre o remanescente território tributário (a exceção, portanto, são os impostos, embora não todos).

Entre as garantias fundamentais do contribuinte, encontra-se aquela prescrita no art. 150, I, da CF, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".[23] Combinando os dois dispositivos citados, conclui-se que a criação e a majoração de tributos demandam lei (reserva de lei do Congresso), vedada a incursão de lei delegada ou medida provisória sobre a matéria, por envolver o tributo meio através do qual o Estado opera significativa restrição a direitos e garantias do cidadão contribuinte. Entretanto, o argumento reclama atenção, tendo em vista o contido no art. 5º, II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Compreendendo-se o art. 150, I, como demandante de lei formal para sua satisfação, ter-se-ia de aceitar a exigência de lei formal para a hipótese genérica do art. 5º, II, da Constituição. Nessa hipótese, porém, restariam inúteis os atos legislativos do Executivo. Com efeito, se tais atos não podem inovar originariamente a ordem jurídica, para nada servem.

O princípio da legalidade demanda lei formal ou ato com força de lei,[24] como a medida provisória. Apenas se satisfará *exclusivamente* com a lei formal (ordinária ou complementar) em situações especiais definidas implícita ou explicitamente na Constituição. Assim, medida provisória poderia, em tese, uma vez satisfeitos os pressupostos de edição, o que raramente ocorrerá, cuidar de certo tipo de matéria tributária (que não envolva, por exemplo, criação ou majoração de tributos) sem violar o princípio da legalidade (porque ela o satisfaz, quando inocorrente reserva de lei do Parlamento). A adequação revela-se também diante do §2º do art. 62 da CF, embora os impostos veiculados por medida provisória só possam ser exigidos após a conversão em lei pelo Congresso Nacional. Por isso, pensa-se, no caso, ter se tornado supérflua a discussão

---

[20] PIMENTA. As medidas provisórias em direito tributário: inovações da emenda constitucional nº 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, p. 104.

[21] GALIANO. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 200.

[22] Cf. ADIn nº 939 (*Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 198, p. 123-324).

[23] Sobre o tema conferir: VIEIRA. *Medidas provisórias em matéria tributária*: as catilinárias brasileiras.

[24] Na mesma linha: GALIANO. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 196. Em sentido oposto, ressaltando a impossibilidade de a medida provisória atender ao princípio da legalidade tributária: NIEBUHR. *O novo regime constitucional da medida provisória*, p. 115; CHIESA. *Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional, p. 81; KADRI. *O Executivo legislador*: o caso brasileiro, p. 185; TAVARES. *Medida provisória em matéria tributária*: uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica, p. 85; OLIVEIRA. *A EC 32 e a criação ou majoração de tributos via medida provisória*: a "constitucionalização do equívoco", p. 104; COELHO. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário, p. 228. Leandro de Faria Galiano distingue normas tributárias em sentido amplo e estrito. As primeiras compreendem os deveres instrumentais, e podem ser veiculadas por medidas provisórias. Já as segundas correspondem às normas que descrevem os elementos caracterizadores da regra-matriz de incidência tributária, e devem ser veiculadas por lei emanada do Parlamento (*As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 53-55).

acerca do princípio da legalidade na seara das medidas provisórias em matéria de *impostos*. A discussão, entretanto, continua útil em relação às demais espécies tributárias. É importante aqui, portanto, apontar para a necessária distinção entre o princípio genérico da legalidade e o princípio da estrita legalidade. Apenas este implica reserva de lei do Parlamento. O outro pode ser satisfeito com a edição, para manifestar inovação originária da ordem jurídica, de ato normativo com força de lei (lei delegada ou medida provisória).

O que continua sustentável, particularmente em relação às demais espécies tributárias, é que os tributos implicam restrição a um importante direito individual (a propriedade), por se confundirem, em última análise, com recorrente mecanismo expropriatório de importância em dinheiro. Nesta circunstância, substanciando, o tributo, instrumento mediante o qual o Estado invade a esfera patrimonial do contribuinte, incidindo, como de fato incide, sobre um direito individual (propriedade) tutelado pela ordem constitucional, continua plenamente defensável a tese segundo a qual somente pode ser criado ou majorado (exceto os impostos, por diante do especificado no art. 62, §2º, CF) por meio de lei formal tendo em conta o disposto no art. 68, §1º, II, da CF.[25] Ou seja, a impropriedade da medida provisória para instituir ou majorar tributos decorre do fato de taxas e contribuições substanciarem instrumentos de vulneração de direito fundamental. A exigência de lei formal (reserva de lei do Parlamento, princípio da legalidade estrita) para a instituição ou majoração de tais tributos decorre, portanto, deste fundamento.

Como mencionado, o imposto apenas poderá ser exigido após a conversão em lei da medida provisória.[26] Ocorreu, então, em relação aos impostos, uma remodelagem do instituto da medida provisória para contornar o consectário do princípio da anterioridade.[27]

Ademais, cabe lembrar que, com as inovações trazidas pela EC nº 32/2001 — notadamente a permanência, mesmo após a perda da eficácia, das situações constituídas durante a sua égide, caso não sobrevenha decreto legislativo emanado do Congresso Nacional (art. 62, §3º c/c §11, CF) — as providências normativas de necessidade, no plano das relações concretas, em virtude de recorrente omissão congressual, perderão eficácia de fato (está-se a falar do plano normado) com efeitos *ex nunc*, restando fragilizado

---

[25] Defende-se que, em geral, as matérias insuscetíveis de delegação são, também, insuscetíveis de tratamento por meio de medida provisória. De modo que os limites estabelecidos pela Constituição para a lei delegada alcançam também a legislação de urgência, exceto naquilo que a Constituição dispuser em sentido contrário, particularmente no art. 62 (CLÈVE. *Medidas provisórias*, p. 105-114). Clélio Chiesa não aceita a veiculação de matéria tributária por medida provisória (mesmo com o advento da emenda), por implicar ofensa ao direito de propriedade e ao Estado Democrático de Direito (*Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional, p. 76-79).

[26] Por essa razão, há quem considere a atual redação constitucional um avanço em relação ao entendimento anterior, pois a anterioridade é contada a partir da conversão em lei (com a devida publicação do ato), e não da edição da medida provisória. Nesse sentido: ÁVILA. *Sistema constitucional tributário*, p. 128; MACHADO. *Curso de direito tributário*, p. 84; BARIONI. *Medidas provisórias*, p. 112. Para Leonardo de Faria Galiano, o termo inicial da contagem da anterioridade tributária é uma questão relacionada à amplitude da conversão da medida provisória em lei. Caso a conversão ocorra sem alterações ao ato original, o prazo inicial de contagem para a anterioridade é a edição da medida provisória. Caso a conversão ocorra com alterações, o prazo inicial será a sanção do Projeto de Lei de Conversão. Assim, na hipótese de uma medida provisória ser convertida em lei sem qualquer alteração ao final de um exercício, o tributo poderá ser exigido já no primeiro dia do exercício seguinte. Convertida com alterações, as modificações operadas somente serão exigíveis no exercício seguinte. Isso se aplica apenas aos impostos que se submetem à anterioridade (*As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 245-248).

[27] Para José Levi Mello do Amaral Júnior, é constitucional o §2º em comento, pois não modifica nem elimina qualquer direito fundamental, sendo, inclusive, favorável ao contribuinte, por atender a anterioridade tributária (*Medida provisória e a sua conversão em lei*: a Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional, p. 225-226).

o argumento de que possuem eficácia precária. A apontada precariedade dos efeitos da medida provisória é, portanto, quando tomada de modo isolado, insuficiente para afastar a possibilidade de criação ou majoração de impostos por essa via.

Cabe a ressalva de que, apesar do princípio da anterioridade, em virtude de sua reconfiguração, não constituir mais obstáculo para a instituição ou majoração de impostos por meio de medida provisória, há que se atentar para o fato de a EC nº 32/2001 ter sido publicada antes da instituição, no art. 150, inciso III, "c", da anterioridade nonagesimal. O dispositivo, proveniente da EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003, veda a cobrança de tributos "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou", respeitada a anterioridade anual. Assim, além de os impostos submetidos à anterioridade anual só poderem ser cobrados no exercício seguinte ao da conversão da medida provisória em lei, soma-se a exigência, para a cobrança, do transcurso de noventa dias contados da edição da medida provisória (com exceção dos impostos que, em decorrência do especificado no art. 150, §1º, da CF, não se submetem à anterioridade nonagesimal),[28] ou da publicação da Lei de Conversão, na hipótese de contemplar emenda.

Misabel Abreu Machado Derzi,[29] Paulo de Barros Carvalho,[30] e Roque Antônio Carrazza[31] continuam a sustentar a inidoneidade das medidas provisórias para a instituição ou majoração de *tributos*.[32] Haveria incompatibilidade entre a eficácia imediata, característica da medida provisória, com o princípio da anterioridade. Ademais, o princípio da segurança do direito seria por si suficiente para inibir esse mecanismo.[33]

---

[28] FERRAZ. *Curso de direito constitucional*: teoria, jurisprudência e 1.000 questões, p. 447.

[29] DERZI. Princípio da anterioridade: extinção e sobrevida por meio da Emenda Constitucional 32, de 11.09.2001. *Revista de Direito Tributário*, p. 18-34. Para a autora, o diferimento dos efeitos da lei tributária, decorrente do princípio da anterioridade (art. 150, inc. III, "b", contrasta com a vigência imediata que caracteriza a medida provisória. Nessa linha transita, igualmente, a posição de Humberto Ávila, para quem a matéria tributária envolve na Constituição um sistema próprio: "há normas que disciplinam não só a instituição e o aumento de tributos para situações normais, mas também para aquelas que regram as situações de relevância e urgência. Trata-se de um sub-sistema constitucional, com princípios gerais autônomos. Aí se vê que a urgência é disciplinada especificamente no sistema tributário nacional (arts. 145 a 162, CF). E, mesmo diante de exceções, mantém a aplicabilidade de certas *garantias asseguradas ao contribuinte* (art. 150, I e III, 'b', CF)" (*Medida provisória na Constituição de 1988*, p. 125).

[30] "Eis que a Emenda n. 32, em boa hora, veio a restabelecer o equilíbrio do sistema, dizendo por outra forma, mas deixando suficientemente claro, que a medida provisória não poderá instituir ou majorar tributos. Isso porque nada obstante os termos da frase legislada, torna-se imprescindível que a lei de conversão tenha sido publicada antes de encerrado o exercício financeiro" (CARVALHO. *Curso de direito tributário*, p. 73-74). A exceção é constituída pelos impostos extraordinários.

[31] CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 295.

[32] No mesmo sentido já apontavam Geraldo Ataliba, Rogério José Perrud, Giovani Clark, Francisco Wildo Lacerda Dantas, José Souto Maior Borges, Sidney Souza Cruz, Humberto Ávila e Dalton Luiz Dallazem (ATALIBA. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*, p. 131; PERRUD. Medida provisória: pressupostos para sua edição e inconstitucionalidade das reedições. *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, p. 657; CLARK. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, p. 163; DANTAS. O Estado de Direito e as medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, p. 242; BORGES. Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. *Revista de Direito Tributário*, p. 192; CRUZ. Matéria tributária e medida provisória. *Revista de Direito Tributário*, p. 33-34; ÁVILA. *Medida provisória na Constituição de 1988*, p. 122-128; DALLAZEM. As medidas provisórias e as relações jurídicas tributárias. *ADV Advocacia Dinâmica – Informativo Semanal*, p. 233).

[33] É de Lourival Vilanova a seguinte lição: "[...] Estado de Direito [...] é, justamente, tal Estado que pode planificar racionalmente a vida da comunidade, mediante regras que permitem a previsibilidade da conduta inter-individual e, mais, regras que assegurem, com probabilidade que se aproxime da necessidade susceptível de previsão exata, a conduta do Estado" (*O problema do objeto da teoria geral do Estado*, p. 192). José Roberto Vieira chega a sugerir que "A insegurança jurídica decorrente do abuso das medidas provisórias, em igual proporção, confere foros de inautenticidade normativa à declaração enfática com que o legislador constitucional abre o Estatuto Maior: 'A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito' (art. 1º)" (Medidas provisórias em matéria tributária e segurança jurídica. *In*: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO, p. 455).

Para Roque Antônio Carrazza, a matéria tributária requer segurança jurídica, o que não se coaduna com os efeitos das medidas provisórias. Para o autor, os tributos submetidos ao princípio da anterioridade são insuscetíveis de criação ou majoração por ação unilateral do Executivo. Quanto aos tributos não submetidos a esse princípio, o mesmo ocorre pelas seguintes razões: a relevância e a urgência em relação aos impostos enumerados no art. 153, I, II, IV e V, da CF[34] levaram o Constituinte "a permitir que o Executivo venha a aumentá-los, dentro dos limites legais, sem qualquer reexame, por parte do Legislativo. Não, porém, a ponto de permitir que os criasse ou aumentasse, por meio de medidas provisórias".[35] Para o tributarista, essa é a exegese que deve ser feita do art. 153, §1º, da Constituição Federal.[36]

3.2.2 Contribuições

Além da estrita legalidade (lembrando mais uma vez que a Constituição, com a EC nº 32/2001, refere-se, de modo expresso, apenas aos impostos), outro argumento manejado para impedir a instituição ou aumento de contribuições por medidas provisórias é o princípio da anterioridade.[37] Tais tributos se submetem a regime jurídico absolutamente incompatível com medida legislativa extraordinária e urgente, exigente de eficácia imediata.

Não resta dúvida de que as contribuições sociais não podem ser criadas ou majoradas por medida provisória em face do princípio elencado no art. 195, §6º, da CF,[38] segundo o qual esses tributos só poderão ser exigidos decorridos noventa dias da data

---

[34] A saber: imposto sobre a importação de produtos estrangeiros; imposto sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

[35] CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 298. Para o autor, ainda que não haja fixação legal dos limites legais máximos e mínimos, descabida a utilização de medida provisória, tendo em vista que o próprio Poder Legislativo terá entendido inexistir relevância e/ou urgência na alteração das alíquotas. Caso posteriormente apresente-se situação relevante e urgente, poderá ser utilizado o projeto de lei com trâmite em regime de urgência. Na mesma linha: KADRI. *O Executivo legislador*: o caso brasileiro, p. 186; CHIESA. *Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional, p. 85-87. Em sentido oposto, admitindo que medida provisória pode alterar alíquotas: VIEIRA. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. *In*: FISCHER (Org.). *Tributos e direitos fundamentais*, p. 201-202; GALIANO. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 231; PIMENTA. As medidas provisórias em direito tributário: inovações da emenda constitucional nº 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, p. 104. Para Wadih Damous e Flávio Dino, medidas provisórias podem apenas alterar os limites das alíquotas, o que não é aceito por José Roberto Vieira [DAMOUS; DINO. *Medidas provisórias no Brasil*: origem, evolução e novo regime constitucional, p. 134; VIEIRA. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. *In*: FISCHER (Org.). *Tributos e direitos fundamentais*, p. 203].

[36] De fato, apesar da expressa previsão constitucional autorizando a instituição de impostos via medida provisória, o autor mantém entendimento formulado anteriormente à EC nº 32/2001, sustentando a inconstitucionalidade da Emenda nesta parte: "[...] obtemperamos que tal Emenda Constitucional [a EC nº 32/2001], na parte atinente às medidas provisórias, afronta o princípio da legalidade tributária e, por via de consequência, a autonomia e independência do Poder Legislativo. Viola, pois, a *cláusula pétrea* do art. 60, §4º, III, da CF, que estabelece que nenhuma emenda constitucional poderá sequer tender a abolir a separação dos Poderes." E continua: "Como se isto não bastasse, a mesma Emenda Constitucional 32/2001 — sempre no que concerne às medidas provisórias — atropela o direito fundamental dos contribuintes de só serem compelidos a pagar tributos que tenham sido adequadamente 'consentidos' por seus representantes imediatos: os legisladores. Invocável, portanto, na espécie, também a *cláusula pétrea* do art. 60, §4º, IV, da CF, que veda o amesquinhamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais *lato sensu*" (CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 276-277).

[37] Na ADI nº 939-7-DF, julgada pelo Tribunal Pleno do STF em 15.12.1993 (*DJ*, 18 mar. 1994), sendo relator o Ministro Sidney Sanches, firma-se que a anterioridade tributária é garantia individual do contribuinte, o que também reforçaria o posicionamento de não caber medida provisória no campo tributário.

[38] As contribuições sociais, com a nova Constituição, submetem-se ao regime jurídico tributário. Constituem, pois, tributo.

da publicação da lei que os houver instituído ou modificado. Como já sustentado, por mais de uma vez, as medidas provisórias não se prestam a regular matéria que reclame eficácia diferida, como no caso,[39] salvo o caso dos impostos, em virtude de excepcional, expressa e criticável previsão constitucional.

3.2.3 Empréstimos compulsórios, impostos de competência residual e extraordinários

Demonstrou-se, em outra oportunidade,[40] a impossibilidade de medida provisória tratar de matéria reservada à lei complementar. Isto porque, apontada matéria é indelegável (art. 68, §1º, CF); depois, porque exige para sua aprovação *quorum* qualificado, ao passo que as medidas provisórias podem ser rejeitadas, aprovadas ou convertidas em lei por maioria simples; e, finalmente, porque, uma vez exigido, pelo Constituinte, *quorum* qualificado, está, desde logo, afastada a possibilidade de invocação de urgência para sustentar a edição da medida provisória.[41] Não se pode, portanto, admitir a adoção da providência de urgência para atuar as competências tributárias previstas nos arts. 148, I e II, 154, I e 195, §4º da Constituição Federal, todas exigentes de lei complementar.

As medidas provisórias não se prestam nem mesmo para instituir empréstimos compulsórios extraordinários de guerra ou empréstimos compulsórios emergenciais. Assim como o estado de sítio exige, para a sua aprovação, a manifestação da maioria absoluta do Congresso Nacional (art. 137, parágrafo único, CF) e ele, com efeito, envolve questão emergencial, não podendo o Presidente da República suprir a autorização parlamentar editando ato com força de lei (matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional: art. 49, IV c/c art. 68, §1º, CF), referidos tributos, embora emergenciais, somente serão cobrados se instituídos por lei complementar.[42]

---

[39] Com orientação semelhante: DERZI. Princípio da anterioridade: extinção e sobrevida por meio da Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001. *Revista de Direito Tributário*; CHIESA. *Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional, p. 92-93; FERREIRA SOBRINHO. Sobre a tributação dos proventos. *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo*. Em sentido contrário, acolhendo a tese de que medidas provisórias podem instituir ou majorar contribuições: AMARAL JÚNIOR. *Medida provisória e a sua conversão em lei*: a Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional, p. 221-226; GALIANO. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*, p. 204-206. O Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento de que medidas provisórias são aptas a veicular matéria tributária, admitindo a criação de contribuições sociais via legislação de urgência desde que respeitado o princípio da anterioridade nonagesimal: "Tributário. Contribuição Social sobre o Lucro. Publicação da MP 812 em 31.12.94. Art. 95, §6º da CF/88. Violação aos princípios da anterioridade e da irretroatividade. Inexistência. Precedentes. Não viola os princípios da anterioridade e da irretroatividade tributárias o fato de a Medida Provisória 812 ter sido publicada no sábado, 31.12.94, desde que observado o princípio da anterioridade nonagesimal" (STF, Ag. Reg./RE nº 229.412-9, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09.06.2009, *DJE*, 1º jul. 2009). Também: "Recurso. PIS. Medida Provisória. Majoração. Constitucionalidade. Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na majoração da contribuição para o PIS mediante a edição de medida provisória" (STF, Ag. Reg./AI nº 623.157-5, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25.08.2009, *DJE*, 09 out. 2009).

[40] CLÈVE. *Medidas provisórias*, p. 105-114.

[41] Quando o Constituinte exige lei complementar para regular dada matéria, ele sabe que esta somente poderá ser disciplinada por meio de um procedimento legislativo próprio. Por isso, a urgência da edição da lei complementar não se concilia com a urgência justificadora da MP. Não se pode esquecer, entretanto, que, se no contexto da Constituição anterior, a lei complementar era incompatível com o regime de urgência (que implicava, como se sabe, possibilidade de aprovação por decurso de prazo), nada impede, hoje, do ponto de vista constitucional, que o Presidente da República solicite apreciação, pelo Congresso Nacional, em regime de urgência (art. 64, §§1º a 4º da CF) de projeto de lei complementar de sua iniciativa. A não apreciação pelo Congresso Nacional no prazo definido no art. 64, §2º da CF acarreta unicamente o sobrestamento das deliberações quanto aos demais assuntos, até que se ultime a votação.

[42] Em sentido oposto, Sacha Calmon Navarro Coelho não concebe medida provisória em matéria tributária, salvo em duas exceções, sendo necessária a circunstância de estar em recesso o Congresso Nacional: os empréstimos compulsórios emergenciais (CF, art. 148, I e II) e os impostos extraordinários de guerra (art. 154, II, da CF) (COELHO. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário, p. 266).

Quanto aos impostos extraordinários (art. 154, II, CF), porque não exigem lei complementar para sua instituição ou majoração; porque não se submetem ao princípio da anterioridade; porque não ferem o princípio constitucional da segurança na medida em que extraordinários e excepcionais (e como tais reconhecidos pelo próprio Constituinte), podem ser objeto de legislação provisória.[43] Leve-se em conta que, neste caso, a decretação do estado de sítio não supre a necessidade de edição da medida, porque este pode ser decretado (art. 137, II, CF) em caso de "declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira", ao passo que o imposto extraordinário pode ser instituído sem a decretação deste estado, cabendo não só no caso de guerra externa, como igualmente na sua iminência e, portanto, antes de sua manifestação (art. 154, II, CF).

3.3 Conclusão

No campo tributário, em síntese, é dado ao Executivo, por meio de medida provisória, nos termos do art. 62 da Constituição, apenas criar ou majorar[44] *impostos* (mas não as demais espécies tributárias), desde que não reclamem lei complementar. Nessa circunstância, o ato normativo de urgência, conforme o especificado no art. 62, §2º, da CF, com as exceções ali definidas, observada quando indispensável a anterioridade nonagesimal, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se for convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Pode, também, o Executivo, por meio da providência de urgência, instituir impostos extraordinários (art. 154, II, da CF) que, como se sabe, não se submetem ao princípio da anterioridade. Ressalte-se que seria, em tese, tolerável a regência de matéria tributária, salvo os casos antes referidos, e, mesmo, a instituição, por medida provisória, de obrigações tributárias acessórias (exceto sanções pelo seu descumprimento),[45] uma vez satisfeitos os pressupostos de edição, situação que, pela própria natureza de tais obrigações, dificilmente ocorrerá. Por isso, toda medida provisória nesse campo pode compor aquilo que o constitucionalismo contemporâneo tem chamado de legislação suspeita. No caso, o ônus argumentativo (daí a necessidade

---

[43] No mesmo sentido: PIMENTA. As medidas provisórias em direito tributário: inovações da Emenda Constitucional nº 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, p. 104-105. Em sentido oposto: KADRI. *O Executivo legislador*: o caso brasileiro, p. 187, argumentando que se tratam de relevâncias e urgências distintas; BARIONI. *Medidas provisórias*, p. 108, entende que violaria a legalidade formal. No que concerne aos impostos extraordinários (art. 154, II, da CF), entende Roque Antônio Carrazza que não podem ser criados por medida provisória, porque "a Constituição concedeu ao Presidente da República um instrumento muito mais expedito e eficiente para cuidar destes tributos: a decretação do *estado de sítio*, mediante autorização da maioria absoluta dos integrantes do Congresso Nacional (art. 137 e seu parágrafo)" (*Curso de direito constitucional tributário*, p. 299). Nessa linha, Clélio Chiesa afirma que diante da excepcionalidade da situação — que justifica a quebra da rígida repartição de competências tributárias e o princípio da não cumulação de impostos sobre uma mesma hipótese de incidência e base de cálculo —, os impostos extraordinários estão atrelados à decretação do estado de sítio (*Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional, p. 89-92).

[44] Para Fábio Donisete Pereira, considerando que o sistema tributário objetiva garantir o contribuinte, é possível sustentar medida provisória para eliminar ou reduzir tributos. Trata-se da aplicação da lógica de quem pode o mais pode o menos [PEREIRA. Medidas provisórias em matéria tributária. *In*: SOUZA (Coord.). *Medidas provisórias e segurança jurídica*, p. 95]. Concorda-se apenas com o fato de medida provisória poder eliminar ou reduzir impostos, e não as demais espécies tributárias.

[45] Nesse sentido: PIMENTA. As medidas provisórias em direito tributário: inovações da emenda constitucional nº 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, p. 107; TAVARES. *Medida provisória em matéria tributária:* uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica, p. 85-86; VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. *In*: FISCHER (Org.). *Tributos e direitos fundamentais*, p. 198; CARVALHO. *Curso de direito tributário*, p. 74; CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 288.

da motivação do ato de edição da legislação de urgência) em relação à satisfação dos pressupostos habilitantes para a edição é do Poder Executivo e não daquele que está a suscitar a questão (principal ou prejudicial) de inconstitucionalidade.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*: a Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

ÁVILA, Humberto. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas provisórias*. São Paulo: Pillares, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERTI, Giorgio. *Manuale di interpretazione costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64, p. 192-200, 1995.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias*: regime jurídico-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CLARK, Giovani. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 113, p. 153-170, jan./mar. 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Sidney Souza. Matéria tributária e medida provisória. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 23-54, out./dez. 1990.

DALLAZEM, Dalton Luiz. As medidas provisórias e as relações jurídicas tributárias. *ADV Advocacia Dinâmica – Informativo Semanal*, v. 15, n. 23, p. 233-235, jun. 1995.

DAMOUS, Wadih. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986.

DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil*: origem, evolução e novo regime constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O Estado de Direito e as medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 654, abr. 1990.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio da anterioridade: extinção e sobrevida por meio da Emenda Constitucional 32, de 11.09.2001. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 90, p. 18-34, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Medidas provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986.

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional*: teoria, jurisprudência e 1.000 questões. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Sobre a tributação dos proventos. *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 3, p. 67-70, 1ª quinz. fev. 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Infrações penais e medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 659, p. 367-370, set. 1990.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALIANO, Leonardo de Faria. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

ITÁLIA. Parlamento Italiano. Camera dei deputati. Disponível em: <www.camera.it>.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O Executivo legislador*: o caso brasileiro. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANEIRA, Eduardo. *Direito tributário*: princípio da não surpresa. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: M. Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar*: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Karem. *A EC 32 e a criação ou majoração de tributos via medida provisória*: a "constitucionalização do equívoco". Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

PEREIRA, Fábio Donisete. Medidas provisórias em matéria tributária. *In*: SOUZA, Carlos Aurélio (Coord.). *Medidas provisórias e segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PERRUD, Rogério José. Medida provisória: pressupostos para sua edição e inconstitucionalidade das reedições. *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 4, n. 14, jul./set. 1997.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As medidas provisórias em direito tributário: inovações da Emenda Constitucional nº 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, São Paulo, n. 77, p. 100-108, fev. 2002.

RAMOS, Saulo. Medida provisória. *In*: XAVIER, Alberto; COSTA, Alcides Jorge *et al*. *A nova ordem constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*: instrumento de governabilidade. São Paulo: NDJ, 2004.

TÁCITO, Caio. *Medida provisória em matéria tributária*: uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

TAVARES, Alexandre Macedo. *Medida provisória em matéria tributária*: uma análise à luz de marcos condicionantes de hermenêutica jurídica. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. *In*: FISCHER, Octavio Campos (Org.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

VIEIRA, José Roberto. Medidas provisórias em matéria tributária e segurança jurídica. *In*: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO, 16., Lima-Peru, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1993.

VIEIRA, José Roberto. *Medidas provisórias em matéria tributária*: as catilinárias brasileiras. Tese (Doutorado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da teoria geral do Estado*. Recife: Imprensa Oficial, 1953.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA[1]

A Constituição procurou dotar o país de uma Administração Pública capaz de dar conta dos desafios que a complexidade da sociedade brasileira, sedenta por justiça social, oportunidade e desenvolvimento, impõe. O intento se apresentava, igualmente, como uma reação a uma história marcada pelo patrimonialismo, pelo clientelismo, pelo compadrio, pela confusão recorrente entre o público e o privado. Daí a exigência de concurso público para ingresso na função pública, a fixação de princípios reitores da conduta do agente público, como o da legalidade, impessoalidade, da moralidade e da probidade, mais tarde acompanhados, em função de emenda constitucional, pelo da eficiência, todos seguidos de regras estritas vinculantes do agir administrativo. O Legislador, por seu turno, aprovou uma série de leis cuidando do tema, tudo para satisfazer a exigência constitucional de uma Administração Pública republicana, transparente, proba e eficiente. Há, todavia, uma imensa distância entre as proclamações do Constituinte ou do Legislador e a realidade que o cidadão enfrenta todos os dias. Problemas de má gestão de verbas públicas, insuficiência de equipamentos, filas nos hospitais, deficiência na prestação do serviço público educacional, déficit habitacional, falta de saneamento ou infraestrutura sucateada são mais do que evidentes. Problemas, aliás, que se arrastam, há anos, porque não são enfrentados de modo racional e planejado pelos gestores públicos. Nossa Administração Pública, afirme-se, não é profissional, nem eficiente.

É evidente que o planejamento, a capacitação permanente dos servidores, a boa execução orçamentária, a definição de políticas públicas adequadas a partir da eleição racional das prioridades, o tratamento do cidadão com respeito e consideração, o combate à corrupção e às más práticas administrativas, a participação dos implicados no universo das escolhas públicas, a radicalização da transparência, tudo isso conforma um feixe de sugestões úteis para a melhoria da Administração Pública. Ora, sobre o tema, sempre fascinante, há farta literatura e os bons gestores, com apoio nos estudos mais estimulantes, não medem esforços para aproveitá-la.

Há, todavia, uma questão que tem passado ao largo dessas discussões. E ela envolve a organização constitucional dos poderes. Promulgada a Constituição de 1988, o

[1] Este texto trata-se de uma síntese da conferência de encerramento do XIII Congresso Paranaense de Direito Administrativo, realizado em Curitiba, em agosto de 2012.

cientista político italiano Giovanni Sartori,[2] em estudo sobre a *engenharia constitucional comparada*, apontou, entre outros, o brasileiro como um sistema de governo incapaz de funcionar. Sérgio Abranches,[3] por seu turno, estudando a sua configuração política e constitucional, chamou de *presidencialismo de coalizão* o sistema que estamos a experimentar. Mais recentemente, o professor Fernando Limongi[4] procurou demonstrar que, apesar da crítica de Sartori e da desconfiança de Abranches, o *presidencialismo de coalizão* funciona. O país, afinal, resolveu, institucionalmente, as crises pelas quais passou nos últimos anos. Mais do que isso, o Executivo tem conseguido impor as políticas que, com o apoio do Legislativo, procura implementar. Não há, portanto, paralisia governamental. Concorde-se com o argumento. Importa, todavia, perguntar, a que custo funciona? O custo, responda-se logo, é altíssimo. E não é apenas econômico.

O Presidente da República, entre nós, acumula competências que, para citar apenas um exemplo, o estadunidense está longe de possuir. Tem iniciativa de lei e de emenda à Constituição, algumas leis sendo inclusive de sua iniciativa exclusiva, pode editar medidas provisórias e leis delegadas, pode nomear livremente os seus ministros (nos Estados Unidos há necessidade de aprovação do Senado), aliás em número exagerado, dispõe de milhares de cargos em comissão, pode contingenciar o orçamento que, no Brasil, ao contrário de outros países, não é vinculante, inclusive as dotações derivadas de emendas parlamentares, dispondo, ainda, de verbas que distribui para Estados e Municípios em função de critérios políticos e, portanto, pouco racionais ou transparentes (transferências voluntárias). Esse Presidente, forte do ponto de vista jurídico, sob o ângulo político, diante da fragmentação do sistema partidário, da fragilidade dos mecanismos de sanção das condutas marcadas pela infidelidade do mandatário às diretrizes da agremiação, do modo de composição da Câmara dos Deputados (não representativo da população dos Estados) e do papel exercido pelo Senado Federal (Câmara revisora para todos os temas), tem dificuldades não propriamente para compor maioria, mas antes para manter a disciplina dos aliados, alguns deles fiéis, outros tantos oportunistas. Aqui reside a sua fraqueza. Esta não importa em ingovernabilidade, como supunha Sartori, tanto que 85% das leis aprovadas pelo Congresso Nacional são de iniciativa ou de interesse do Executivo. O problema é o custo da governabilidade, um custo de tal

---

[2] SARTORI. *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições, p. 109.

[3] "Apenas uma característica, associada à experiência brasileira, ressalta como uma singularidade: o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o 'presidencialismo imperial', organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, 'presidencialismo de coalizão', distinguindo-o dos regimes da Áustria e da Finlândia (e a França gaullista), tecnicamente parlamentares, mas que poderiam ser denominados de 'presidencialismo de gabinete' (uma não menos canhestra denominação, formada por analogia com o termo inglês *cabinet government*)" (ABRANCHES. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, p. 21-22).

[4] "Nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário. Não há paralisia ou síndrome a contornar. A estrutura institucional adotada pelo texto constitucional de 1988 é diversa da que consta do texto de 1946. O presidente teve seu poder institucional reforçado. Para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa. A alteração do *status quo* legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo. Entende-se assim que possa organizar seu apoio com base em coalizões montadas com critérios estritamente partidários. Para influenciar a política pública é preciso estar alinhado com o presidente. Assim, restam aos parlamentares, basicamente, duas alternativas: fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo. É equivocado insistir em caracterizar nosso sistema por suas alegadas falhas, pelas suas carências. Inverter a perspectiva, no entanto, só torna a tarefa mais difícil, pois implica aceitar a necessidade de explicar o real, não de condená-lo ou censurá-lo" (LIMONGI. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos – CEBRAP*, p. 40-41).

modo transbordante que implica práticas transitando na contramão das promessas do Constituinte em relação à boa governança e aos princípios reitores da Administração Pública. A exigência de governabilidade, que não é garantida de modo institucional, reclamaria uma espécie de *realismo político* suficiente para justificar determinadas condutas administrativas heterodoxas que vão sendo aceitas com naturalidade e despudor.

Daí o grande número de cargos em comissão, que são distribuídos entre os partidos aliados, a partilha dos ministérios e de outros importantes órgãos e entes públicos entre os membros da coalizão, a distribuição de verbas para governadores politicamente próximos por meio de transferências voluntárias, o mesmo ocorrendo com organizações do terceiro setor, as obras executadas nos Municípios amigos, a liberação a conta-gotas, e em momentos que precedem relevantes votações no Congresso Nacional, das emendas parlamentares ao orçamento, o rigor administrativo seletivo, a advocacia administrativa impulsionando a tomada de decisões, os aditamentos de contratos, certas dispensas e inexigibilidades nos processos licitatórios, a redação pelos próprios licitantes dos editais de concorrência, a bondade na aferição da qualidade e da quantidade nas obras públicas, etc. Em síntese, todos os esforços para a melhoria da gestão pública ficam comprometidos pela lógica política perversa que contamina o que devia constituir trabalho planejado, racional, impessoal, transparente, probo e eficiente.

Nem se afirme que em outros importantes países a maioria também é composta em função de acordos ou da associação entre vários partidos. Isso é verdade, mas o resultado é distinto porque o acordo político supõe obrigatória definição de um plano de governo. Depois, em função do plano, os nomes são escolhidos e o governo governa sem as práticas comuns por aqui, podendo ser cobrado exclusivamente quanto à fidelidade de sua ação ao plano aprovado em conjunto. Percebendo isso, não podemos negar que temos um problema. O nosso problema, afirme-se nesta altura, não é propriamente cultural, como querem alguns, mas institucional. O brasileiro não é alguém especialmente vocacionado para as práticas administrativas condenáveis. São as instituições que precisam ser aperfeiçoadas. Talvez seja oportuno entender que a melhoria da Administração Pública, para além das medidas usualmente apontadas pelos juristas e gestores, todas, sem dúvida, necessárias, reclama também um olhar cuidadoso incidente sobre a nossa máquina constitucional, essa máquina que está falhando na entrega daquilo que foi prometido há quase vinte e cinco anos e que, por isso, merece reparos.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 76, 2006.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições. Brasília: Ed. UnB, 1996.

PÁGINA EM BRANCO

PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA[1]

5.1 A atividade legislativa e sua descentralização

O Estado de Direito pretendeu vincular a produção do direito à vontade geral. Nesta linha, o direito seria veiculado pela lei. Apenas o ato com forma de lei poderia inovar a ordem jurídica. Se a lei, entretanto, constitui fonte do direito por excelência, nem por isso o direito todo reside nela. A unidade da ordem jurídica liberal já ocultava uma espécie de pluralismo jurídico.

Os indivíduos, de um lado, e os grupos, de outro, produzem normas jurídicas, implicando a criação de direitos e obrigações e a mudança da situação jurídica das pessoas. Cada grupo pode constituir uma ordem jurídica. Há milhares de ordens jurídicas que se reproduzem no seio da sociedade. Aqui, encontra-se a dimensão plural da instância jurídica. Essas ordens jurídicas, todavia, encontram o seu momento de unidade na regulação produzida pelo Estado. Nenhuma norma pode contrariar os comandos veiculados pela vontade do legislador e do Constituinte.

Talvez se possa afirmar que o Estado de Direito não pretendeu monopolizar toda a função normativa, mas sim o exercício da função legislativa (aqui num sentido material) enquanto forma de regulamentação heterônoma dos interesses dos particulares. Uma heteronomia, diga-se, que do ponto de vista político se reconduz à ideia de autonomia, já que a lei, no Estado Democrático de Direito, é expressão do autogoverno coletivo.

Mesmo no contexto liberal, se o Estado pretendeu monopolizar a função legislativa, não a depositou por inteiro nas mãos do Poder Legislativo. O Poder Executivo nem sempre ficou impedido de exercer o poder regulamentar. Mas se nos Estados de tradição romanística (sistema do *civil law*) o fenômeno da centralização manifestou-se de modo mais acentuado, o mesmo não pode ser dito dos Estados de tradição anglo-saxônica.[2]

---

[1] Este texto baseia-se em trabalho apresentado no I Congresso Goiano de Direito Administrativo, realizado no ano de 2002, cujo título era "O Poder Normativo da Administração Pública e os Regulamentos: a EC 32 e o regulamento autônomo no direito brasileiro: Medidas Provisórias e sua regulamentação".

[2] No sistema anglo-saxônico, há uma concorrência entre o *common law* (direito costumeiro) e a lei. A lei, neste particular, guarda uma função auxiliar, de complementação e esclarecimento do direito comum. Não assumia, num primeiro momento, a preeminência adquirida no sistema do *civil law*. Ora, quem aplica o *common law* são os tribunais, que, decidindo, criam precedentes judiciais vinculantes, decorrentes do princípio do *stare decisis* (segundo o qual os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais por sua vez se obrigam por suas próprias decisões). Do precedente judicial é extraída a norma jurídica geral obrigatória.

A descentralização é típica dos Estados federais. Nestes, há uma verdadeira partilha da função legislativa entre os entes componentes da federação. As coletividades regionais, assim como a União, legislam, por meio de seus órgãos legislativos, nas matérias de sua competência. Se em alguns países a federação caracteriza-se pela presença de dois níveis de governo dotados de autonomia política, no Brasil a situação é singular, já que os Municípios também produzem lei (inclusive no sentido formal). Por isso, a República Federativa do Brasil compreende as esferas federal, estadual (também o Distrito Federal) e municipal.

A descentralização legislativa — fenômeno que vem se desenvolvendo de modo impressionante — consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo (neste passo compreendido enquanto plenário). Ou seja, identifica-se com o exercício de uma função normativa, definida quer seja sob o ponto de vista formal (lei) ou material (regulação heterônoma de interesses particulares — regra de direito — ou regulação genérica e abstrata — norma geral).

Observa-se, então, o processo de descentralização legislativa pelo qual passa o Estado contemporâneo. O fenômeno manifesta-se no Brasil, como em todo lugar, para alterar o perfil do próprio Legislativo, ora o do Judiciário ou aquele dos grupos sociais (sindicatos, por exemplo). Todavia, o poder que saiu mais beneficiado com o processo foi, sem dúvida, o Executivo.

O Executivo chama para si tarefas que, na doutrina liberal, não cabiam no espaço funcional reservado ao Estado, além de outras antes perfeitamente realizáveis pelos particulares. Esse poder, igualmente, invade o território funcional do legislador.

O fato não constitui novidade. O processo de descentralização da atividade normativa não poderia deixar de contemplar o Executivo que, nas sociedades políticas contemporâneas, participa ativamente do processo legislativo.[3] Sua participação no processo opera-se de dois modos: (i) ou intervém em uma das fases do procedimento de elaboração da lei, ou (ii) exerce, ele mesmo, a função de elaborar o ato normativo (dotado ou não de força de lei).

5.2 A participação do Executivo no processo de elaboração da lei

O crescimento das funções do Estado tornou obsoleta a tese do monopólio do exercício da iniciativa pelos membros das câmaras legislativas. Aliás, nesse território, cada vez mais, o Executivo foi se afirmando, até o ponto em que, atualmente, muitas Constituições atribuem também a ele o poder de iniciativa.

Assim, no sistema do *common law*, o direito é feito pelo juiz. Como ensina Kelsen, "A decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um precedente, *i.e.*, de uma decisão obrigatória para a decisão futura de todos os casos similares. Ela pode, contudo, ter o caráter de precedente apenas se não for a aplicação de uma norma geral preexistente de Direito substantivo, se o Tribunal atuou como legislador. A decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. É a força de obrigatoriedade da norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente. Apenas com base nessa norma geral é possível estabelecer que outros casos são 'similares' ao primeiro, cuja decisão é considerada o 'precedente' e que, consequentemente, esses outros casos devem ser decididos da mesma maneira. A norma geral, pode ser formulada pelo próprio tribunal que criou o precedente. Ou pode ser deixada para outro tribunal, obrigado pelo precedente a derivar dele a norma geral, sempre que surja um caso pertinente" (*Teoria geral do direito e do Estado*, p. 151).

[3] MIRKINE-GUETZÉVITCH. Evolução constitucional europeia, p. 33; LANGROD. O processo legislativo na Europa ocidental.

Não importa o sistema de governo. Parlamentarista ou presidencialista, o Executivo influencia o processo de formação das leis. Imagina-se que no parlamentarismo tal fato não se manifesta. Engano. O governo, no regime parlamentarista, antes de se constituir em mero comitê parlamentar, por ele dirigido, comanda o parlamento em face da fidelidade da maioria parlamentar às diretrizes impostas pelo partido ou coalizão majoritários.

Se no regime parlamentarista, puro ou temperado, a função (talvez) mais importante do parlamento seja a de formar um governo, o mesmo não ocorre no regime presidencialista. Neste, há uma separação mais nítida entre os Poderes Executivo e Legislativo. Em princípio, o governo fica com o Executivo, não sendo o Legislativo por ele corresponsável. Ao Legislativo cabe, teoricamente, aprovar as leis que serão, depois, executadas pela Administração Pública, além de fiscalizar sua execução (*accountability*).[4]

Na pura formulação do sistema, não seria dado ao Executivo propor projetos de lei ao Legislativo. Ele, afinal, não seria um poder provocante, mas, antes, de execução da lei. Porém, essa concepção, formulada pelos pais da democracia americana, resistiu por pouco tempo. O sistema presidencialista foi sendo adotado por vários países, especialmente os da América Latina, e, nestes, como é o caso do Brasil, o Executivo não foi impedido de manejar o poder de iniciativa.[5]

A Constituição de 1988 manteve a técnica de reservar ao Executivo a iniciativa de determinadas matérias. Embora a Constituição de 1988 objetivasse devolver o país ao espaço civilizado das democracias constitucionais, não poderia, neste momento histórico, impedir o Executivo de exercer algum peso no processo de elaboração da lei.

---

[4] De acordo com Andrew Arato, seria possível falar em uma dupla *accountability*, na qual o Executivo responde ao Parlamento pelos atos que realiza, enquanto este se responsabiliza por suas ações perante a população (ARATO. Representação, soberania popular e *accountability*. *Lua Nova*, p. 94). Para Guilhermo O'Donnell, a *accountability* pode ser horizontal ou vertical: "Por meio de eleições razoavelmente livres e justas, os cidadãos podem punir ou premiar um mandatário votando a seu favor ou contra ele ou os candidatos que apoie na eleição seguinte. Também por definição, as liberdades de opinião e de associação, assim como o acesso a variadas fontes de informação, permitem articular reivindicações e mesmo denúncias de atos de autoridades públicas. [...] Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas são dimensões que chamo de '*accountability* vertical'. [...] Posso, agora, definir o que entendo por *accountability* horizontal: a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas" (O'DONNELL. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, p. 28-40).

[5] Nos Estados Unidos, entretanto, o chefe do Executivo formalmente está impossibilitado de provocar a atuação legiferante. Todavia, a despeito disso, a maioria dos projetos de lei apreciados pelo Congresso americano são, atualmente, provenientes daquele Poder. Sobre isso, seja lembrado o que comenta Michel Nelson, Professor de ciência política na *Vanderbilt University*: "Durante o Século passado o público em geral fez exigências de ação cada vez maiores ao governo federal, muitas das quais exigiam alterações na legislação. Para satisfazer cada uma dessas exigências, o Congresso como instituição teve de enfrentar o processo longo, tortuoso e algo subterrâneo de desenvolver programas e fazê-los passar pelos seus próprios obstáculos internos à ação [...]. Desde 1932, os membros do Congresso começaram a encontrar maneiras de resolver este dilema voltando-se para a presidência. Não somente o Congresso deu a Franklin D. Roosevelt carta branca para lidar com a grande depressão como bem lhe aprouvesse — nos famosos 100 primeiros dias, foram aprovadas dezenas de emendas de autoria de Roosevelt — mas também autorizou ações que permitiam ao presidente institucionalizar seu poder de iniciativa. A Receita Federal foi transferida do Departamento do Tesouro para um novo gabinete executivo, com o poder de peneirar todas as propostas ministeriais para a legislação antes de serem submetidas ao Congresso. Além disso, o presidente foi autorizado a nomear um quadro de assessores principalmente com o propósito de criar e enviar projetos de lei ao Congresso. Essa tendência continuou nas administrações seguintes: O *Employment Act* de 1946 incumbiu o presidente (com a ajuda de um novo conselho de assessores econômicos) de dirigir a economia e recomendar alterações na legislação em termos de crise econômica. Pedidos semelhantes de iniciativa presidencial por parte do Congresso estavam incluídos no *Manpower Development Act* de 1968 no *National Environmental Policy Act*, de 1969, e em muitas outras emendas" (NELSON. Avaliando a presidência. *In*: NELSON. *A presidência e o sistema político*: política norte-americana hoje, p. 34).

Como se vê, o princípio da separação dos poderes, tal como inicialmente formulado, ou tal como radicalmente interpretado, não consegue sobreviver atualmente. Seja no parlamentarismo, em que a colaboração entre os poderes é, por natureza, indispensável, seja no presidencialismo, que, inicialmente, requereu uma rígida separação de funções, a cooperação entre os órgãos constitucionais do Estado, notadamente entre o Executivo e o Legislativo, definitivamente se impõe. A atividade legislativa sofistica-se com o decorrer do tempo, sendo certo que a sombra do Executivo fica cada vez mais presente.

A revisão do princípio da divisão de poderes levou o Executivo não apenas a (i) participar do processo de elaboração da lei (especialmente mediante a iniciativa) ou a (ii) sugestionar o resultado do procedimento. O acontecimento concluiu, enfim, por (iii) autorizar o Executivo a produzir a lei.

Parece ser possível afirmar que o Executivo legisla[6] em face de (i) delegação com assento constitucional; em face de (ii) delegação anômala e, finalmente, em face de (iii) atividade legislativa decorrente de atribuição constitucional.

A delegação[7] com assento constitucional dá-se, em geral, quando a Lei Fundamental confere ao ato normativo do Executivo natureza de ato legislativo. Nos Estados ocidentais, é difícil encontrar um quadro constitucional em que o Executivo esteja impedido de atuar normativamente. Mas, se em determinados casos, o sistema jurídico constitucional autoriza ou tolera a delegação legislativa, outras vezes, a Constituição confere, diretamente, ao Executivo competência para legislar.

5.3 A atividade normativa do Poder Executivo no Brasil

Concorde-se que, no presente momento da história política, é inviável proibir o Executivo de desempenhar, com limites rigorosos e precisos, atividade normativa.

A atividade normativa do Executivo não se encontra subordinada apenas aos princípios constitucionais de dimensão substantiva. Há, igualmente, importantes parâmetros processuais a limitar referido Poder no desempenho dessa importante atividade.

Tais fórmulas processuais são dedutíveis do princípio da divisão dos poderes inscrito no art. 2º da Constituição da República: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". A compreensão do princípio reclama a leitura atenta de toda a Constituição.

Em nosso país, o Poder Executivo exerce (i) atividade normativa decorrente de atribuição, bem como (ii) atividade normativa decorrente de delegação. Por outro lado, a atividade normativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Constituição, pode ser (i) primária (atos legislativos capazes de inovar originariamente a ordem jurídica: medidas provisórias e leis delegadas) (ii) ou secundária (atos insuscetíveis de inovar, originariamente, a ordem jurídica: os regulamentos). Esses dados são suficientes para justificar a abordagem da presente parte do estudo. Analisa-se a partir de agora, em específico, a atividade normativa de natureza regulamentar (secundária).

5.4 Atividade normativa secundária – Os regulamentos

Além da atividade normativa primária, o Executivo manifesta, igualmente, atividade normativa secundária, quando emana, por exemplo, decretos regulamentares.

---

[6] No sentido de que dispõe de um poder normativo, seja primário ou secundário.

[7] Por delegação, entende-se provisoriamente a transferência de função atribuída constitucionalmente de um órgão a outro do próprio ou de outro poder.

Aqui também o Chefe do Poder Executivo contribui para a formação da ordem jurídica. O poder regulamentar,[8] conferido ao Presidente da República pela Constituição,[9] consiste no mais importante meio pelo qual a Administração Pública exerce atividade normativa secundária.

Há uma gama imensa de atos normativos editados pelas autoridades integrantes da Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço, entre outros.

Todos os atos acima referidos, exceto os últimos, integram um conceito *lato* de regulamento. Integram, ademais, no direito estrangeiro, o próprio conceito de regulamento. Afinal, em outros sistemas jurídicos, o regulamento não é mais do que o ato normativo baixado pela Administração Pública.[10] Tal não ocorre no Brasil. Regulamento, em nosso país, visto o conceito no sentido estrito, é apenas o ato normativo secundário editado pelo Chefe do Executivo. Se o ato promana de qualquer outra autoridade ou ente (agência reguladora, por exemplo), já não mais corresponde à ideia constitucional de regulamento,[11] a não ser em sentido lato.[12]

Reconstruindo o princípio da separação dos poderes por força das mutações pelas quais passou a civilização ocidental (mas não apenas a civilização ocidental), ficou absolutamente clara a "necessidade de uma potestade normativa da Administração como uma técnica inescusável de governo humano em nossa época".[13]

Os regulamentos não traduzem emanação da função legislativa, substanciando entre nós verdadeira atividade administrativa de caráter normativo.[14] Os atributos de generalidade e abstração apartam o ato administrativo executivo do ato administrativo normativo.[15]

Se o ato administrativo executivo constitui um "caso concreto decidido" (um fato subsumido a uma norma), o regulamento (enquanto regra ou norma jurídica) constitui "critério material de decisão de casos concretos".[16] Não há como confundir um e outro.

Os atos administrativos podem ser (i) individuais, quando se dirigem a única pessoa; (ii) plurais, quando voltam-se a uma série determinada e fechada de pessoas (ex.: alistamento militar), e (iii) gerais quando "se dirigem a um círculo indeterminado

---

[8] Discute-se, na doutrina, se o Presidente da República dispõe de um "poder", uma "faculdade", ou uma "atribuição" regulamentar. No presente texto, a expressão "poder regulamentar" será tomada com o sentido de "atribuição regulamentar". Ora, o Presidente da República não apenas pode regulamentar as leis que exijam a atuação do Executivo, como deve regulamentá-las. Trata-se de um poder-dever, "atribuição" ("poder-função" como diria Oswaldo Aranha Bandeira de Mello).

[9] Leia-se: ao Poder Executivo (nas esferas federal, estadual ou municipal).

[10] ABREU. *Sobre os regulamentos administrativos*, p. 40.

[11] Quando a Constituição se reporta à competência regulamentar do CNJ, está a cuidar do regulamento no sentido lato.

[12] Nos termos da Constituição de 1988 (art. 84), compete privativamente ao Presidente da República (inc. IV) "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". A Emenda Constitucional nº 32 alterou a redação do inciso VI, do art. 84, da CF, criando nova hipótese de exercício do poder regulamentar, anotando que competirá privativamente ao Presidente da República: "VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos".

[13] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 185.

[14] GASPARINI. *Poder regulamentar*, p. 6. Também: FERREIRA LEITE. *O regulamento no direito brasileiro*, p. 22. Ainda: ATALIBA. *República e Constituição*, p. 135. Finalmente: FERRAZ. *Três estudos de direito:* desapropriação de bens públicos; o prejulgado trabalhista em face da Constituição; regulamento, p. 105 e CARRAZZA. *O regulamento no direito tributário brasileiro*, p. 14.

[15] Mas não são os únicos responsáveis, como se verá.

[16] ABREU. *Sobre os regulamentos administrativos*, p. 19.

ou aberto de pessoas, não sendo, portanto, os seus destinatários individualizados nem individualizáveis até o momento da sua emanação".[17]

No direito brasileiro, o regulamento, em sentido *lato*, pode ser definido como qualquer ato normativo (geral e abstrato) emanado pelos órgãos da Administração Pública. Em sentido *estrito* (que importa para o direito constitucional), regulamento será o ato normativo editado, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo, no exercício da função administrativa para a (i) fiel execução de lei ou para (ii) dispor sobre a organização da Administração Pública (regulamentos de execução e regulamento de organização). A exata compreensão do instituto exige a verificação dos seus limites, que podem ser de duas ordens. Ou são (i) limitações de natureza formal, ou são (ii) limitações de natureza material.

5.4.1 Limitações formais

O primeiro limite formal liga-se à competência. Nos termos da Constituição Federal, compete, privativamente, ao Presidente da República editar regulamentos de execução ou de organização (art. 84, IV e VI, da CF). No Brasil, apenas ao Chefe do Executivo é conferido o exercício da atribuição regulamentar geral e esta atribuição é, em princípio, indelegável, segundo se depreende da leitura do art. 84, parágrafo único, da CF. Nesta linha, delegáveis serão apenas os regulamentos de organização, editados com fundamento no art. 84, VI, em face da autorização contida no art. 84, parágrafo único, da CF. Mas aqui ocorre verdadeira exceção que confirma a regra geral.[18]

Não se deduza deste fato que os demais órgãos da Administração estão impedidos de emanar atos administrativos normativos. Basta verificar o Diário Oficial para se constatar a infinidade de medidas normativas (circulares, portarias, instruções) editadas pelos órgãos públicos a cada dia. Tais atos podem ser considerados regulamentares (já que regulamentam algo) num sentido amplo, como já referido; porém, não constituem, sob o prisma constitucional, verdadeiros regulamentos (regulamentos em sentido estrito). Se válidos, inscrevem-se numa posição inferior à dos regulamentos editados pelo Presidente da República. A relação de derivação-fundamentação dos atos normativos começa com a Constituição, ingressa no território da lei e, depois, imprime um escalonamento hierárquico, no seio da Administração Pública. Quando um Ministro de Estado "regulamenta" uma lei, ele na verdade não está usurpando uma atribuição privativa do Executivo, mas fazendo uso de um poder particular conferido pelo próprio Constituinte (art. 87, II). A instrução ministerial deve guardar uma relação de conformidade não apenas com a lei, mas também com o regulamento. Num caso de colisão entre o regulamento e a instrução ministerial (normalmente veiculada por meio de Portaria)[19] o regulamento prevalece.[20]

---

[17] ABREU. *Sobre os regulamentos administrativos*, p. 27.

[18] Há quem afirme que após o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, e, levando em conta o parágrafo único do art. 84, poderia haver, especificamente, no caso do regulamento de organização, uma delegação de competência privativa do Presidente da República. Nesse sentido: CYRINO. *O poder regulamentar autônomo do presidente da república:* a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001.

[19] BRASIL. Presidência da República. *Manual de Redação da Presidência da República,* p. 251.

[20] CARRAZZA. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 385; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. Ainda: BANDEIRA DE MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 103.

O mesmo ocorre no caso de colisão entre o regulamento presidencial e qualquer outra normativa baixada por determinados órgãos da Administração. Como se sabe, a Administração emana atos normativos com o objetivo de, com incidência meramente doméstica, estabelecer orientações sobre o modo como sua competência haverá de ser exercida. A situação dos regulamentos (em sentido amplo) introduzidos pelas agências reguladoras é um pouco diferente. Tratando-se de regulamentos setoriais, o espaço de atuação normativa das agências, definido pelo legislador, em função de autorização constitucional inerente ao modelo, manifestar-se-á na forma do que dispuser a lei, em cada caso, retirando-se do Presidente da República a oportunidade de dispor sobre as matérias conferidas à gestão reguladora. Nesta situação, não há motivo para falar-se propriamente em hierarquia, mas antes em espaços de atuação normativa, lembrando sempre que a competência reguladora não se circunscreve à dimensão normativa (ou regulamentar). Ou seja, se é certo que o atuar normativo da agência reside no campo a regular delimitado pelo Legislador,[21] não é menos certo que, por decorrência natural da adoção do modelo, nesse campo nada tem a autoridade presidencial a dizer. É que não há lei para o Presidente regulamentar, já que tal tarefa foi, pelo legislador, em virtude de autorização constitucional, conferida à agência. Agora, como será visto oportunamente, o regulamento da agência não pode ser tido como autônomo (já que depende da lei), nem se equipara à lei (estando antes subordinado a ela). Por essa razão, não há fundamento, entre nós, para falar-se em separação de esferas normativas do legislador e das agências ou para manifestar-se hipótese de deslegalização.[22]

O segundo limite formal diz respeito ao veículo de edição. O regulamento em sentido estrito (de execução e de organização) é introduzido na ordem jurídica por meio de decreto.[23] O decreto constitui o veículo pelo qual o Presidente da República

---

[21] Veja-se, neste sentido, o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo: "As determinações normativas das agências devem se limitar a aspectos estritamente técnicos. No direito brasileiro, obrigações somente se criam por lei e o poder regulamentar do Presidente da República limita-se a fixar os parâmetros e os *Standards* para a execução da lei, atribuição específica do Executivo. É certo, todavia, que se deve tentar entender os textos das emendas constitucionais, precisamente as que se referem expressamente a *órgãos reguladores*, como sendo a eles cometidas as funções de traçar os parâmetros dos contratos de concessão, sempre submissos à lei. Não pode, todavia, a lei lhes dar papel normatizador em sentido estrito, o que, aliás, vem acontecendo com as agências americanas. Note-se que após uma bem maior liberdade outorgada pelo Legislativo às ditas agências (no Direito Americano) houve a percepção de que esse fato poder-se-ia constituir em invasão das competências do Poder Legislador" (FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*, p. 154-155).

[22] Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a deslegalização trata-se de uma "operação que efetua uma Lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre referido tema à disposição da potestade regulamentar da Administração". A lei deslegalizadora, conforme os autores, não tem um conteúdo material, não é criada para ser posteriormente regulamentada, mas sim opera uma "degradação formal" da lei anterior de regulação material, de modo que a matéria por esta veiculada possa ser tratada por regulamento posterior. Assim, o regulamento posterior é capaz não só de revogar a lei anterior, como, também, de inovar no ordenamento jurídico (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 277). Já para Giuseppe de Vergottini, a deslegalização, por ele chamada delegificação, reside no campo dos regulamentos autorizados, ao disciplinarem, com especificidade, matéria veiculada através de normas gerais em lei anterior. Contudo, diversamente de Enterría e Fernández, para Vergottini a delegificação não resulta na revogação, pelo regulamento, da lei anterior, o que só seria possível pela própria lei autorizadora, já que o regulamento não tem força de lei. (VERGOTTINI. *Diritto costituzionale*, p. 233). Ambos concordam, porém, que a deslegalização é inadmissível onde a Constituição declare expressamente a reserva material de lei. No Brasil, a doutrina divide-se entre os que veem na Constituição de 88 viabilidade para a deslegalização (Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Alexandre Santos de Aragão) e aqueles que refutam tal tese (Marçal Justen Filho e Gustavo Binenbojm). Parece que, no direito brasileiro, a Constituição de 1988 não dá espaço à tese da deslegalização. Isso porque a ordem constitucional brasileira não autoriza a degradação formal de matéria já veiculada por meio de lei. Ademais, o art. 25, I, do ADCT obsta que qualquer dispositivo legal atribua a órgão do Poder Executivo competência normativa assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional (nesse sentido: BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização).

[23] Tal limite se aplica aos regulamentos de execução e de organização. No caso do segundo, é o que dispõe expressamente o inciso VI do art. 84, da CF.

formaliza os atos políticos (em princípio) e os atos administrativos, sejam executivos ou normativos. A Constituição exige, ademais, a referenda ministerial (art. 87, I). O Ministro de Estado da área afeta à matéria regulamentada deverá, necessariamente, subscritar, referendar, o decreto regulamentador sob pena de não aperfeiçoamento do ato normativo. Quanto aos decretos propostos por Secretarias de Governo, serão referendados pelo Ministro da Justiça.[24]

O terceiro limite formal vincula-se à publicação do decreto regulamentar. Tratando-se de regulamento interno, que produzirá efeito unicamente no interior da Administração, bastaria o conhecimento dos destinatários por qualquer meio adequado e eficaz. Cuidando, todavia, de regulamento que deve produzir efeitos em relação a terceiros, impõe-se a publicação para que referidos efeitos possam ser alcançados. De acordo com a prática brasileira, os decretos dotados de regras de caráter singular não serão numerados. Quanto àqueles que contêm regras jurídicas de caráter geral e abstrato, são numerados e publicados, pouco importando o fato de cuidarem de regulamento interno ou externo.[25]

5.4.2 Limitações materiais

No Brasil, não há nenhuma matéria reservada ao regulamento. Todos os campos normativos são, em princípio, disciplináveis pela lei. Vigora, pois, entre nós, em relação ao campo de ação do ato legislativo, o princípio da universalidade da lei.[26] Ademais, apenas a lei pode, originariamente, inovar a ordem jurídica para criar novas obrigações, bem como para restringir direitos. O art. 5º, II, da Constituição, deixa claro que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A lei pode perfeitamente disciplinar a matéria legislada de modo suficiente, prescrevendo, inclusive, os detalhes de sua aplicação. Ou pode preferir deixar certa margem para que a Administração Pública atue por meio da atribuição regulamentar. Importa salientar que o regulamento compreenderá norma subordinada à lei e necessária para a sua aplicação. A observação é válida, com os cuidados devidos porque a Constituição autoriza o exercício normativo mesmo sem a precedência da lei, no caso dos regulamentos de organização.[27]

---

[24] BRASIL. *Manual de Redação da Presidência da República*, p. 249.

[25] BRASIL. *Manual de Redação da Presidência da República*, p. 249. Onde se lê que "os decretos que contenham regras de caráter singular não serão numerados, mas conterão ementas, exceto os relativos à nomeação ou à designação para cargo público, que não serão numerados nem conterão ementas".

[26] Há autores que vislumbram uma exceção a esse princípio; sustentam que há um campo material infenso à lei criado pela EC nº 32/2001, que só poderia ser regulado mediante regulamento "autônomo", ou, como preferimos, de organização.

[27] Concorde-se com Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirma que: "Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade no Brasil* impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato *estritamente subordinado*, isto é, meramente subalterno *e*, ademais, *dependente da lei*. [...] O regulamento previsto no art. 84, VI, é uma limitadíssima exceção, e apresenta uma fisionomia toda peculiar. Por isto mesmo, na sequência expositiva ulterior deixaremos de lado esta espécie de regulamento, cuja compostura já se esclareceu qual é, e que, por se constituir em uma *única* e *restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil, não justificaria fosse lembrada a todo momento, para advertir-se que naquela singularíssima hipótese o regime não é exatamente igual ao da generalidade dos regulamentos" (BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 343). Posição mais ampla é a de André Cyrino, no sentido de que o regulamento do art. 84, VI da Constituição brasileira não só relativiza o princípio da precedência de lei, como, inclusive, contém matéria sob reserva da Administração, de modo que: "Nessa seara não poderá o legislador se imiscuir sob pena de inconstitucionalidade" (CYRINO. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*, p. 105).

Com efeito, a opinião generalizada dos autores manifesta-se no sentido de que apenas as leis que devam sofrer aplicação pelo Executivo, ou dele dependam para a produção de efeitos, desafiam regulamentação. Aquelas que disciplinam relações exclusivamente entre particulares, em que a presença do Estado-Administração não se faz sentir, estariam fora do alcance da ação regulamentar do Poder Executivo.

Do exposto, depreende-se que os regulamentos com fundamento no art. 84, incisos IV e VI, da Constituição Federal substanciam atos normativos secundários editados, privativamente, pelo Presidente da República, no exercício de competência administrativa, por meio de decreto referendado por Ministro de Estado, para (i) disciplinar a aplicação das leis que regem relações jurídicas qualificadas pela presença do Estado-poder (regulamentos de execução) e a (ii) organização da Administração Pública federal, nos estreitos limites definidos na normativa constitucional (regulamentos de organização). Ambos, regulamentos de execução e de organização, integram o terreno dos regulamentos gerais, que não se confundem com os setoriais, não editados pelo Presidente da República, mas antes pelas agências reguladoras independentes.

5.5 Algumas distinções necessárias

O regulamento (em sentido estrito) não se confunde com os demais atos normativos da Administração.[28] Os regulamentos gerais residem numa posição hierárquica superior aos demais atos normativos infralegais do Executivo. Isso decorre, evidentemente, do fato de o Presidente da República, nos termos da Constituição (art. 84, II), exercer a direção superior da Administração Federal. Como a direção superior não envolve as agências reguladoras independentes, a posição preferencial do regulamento presidencial não interfere no sítio da atividade reguladora, inclusive normativa, operada por elas.

O regime jurídico dos regulamentos é distinto daquele próprio dos atos executivos. A primeira distinção diz respeito à competência. Enquanto os primeiros (em sentido estrito) são editados pelo Presidente da República, os atos executivos são produzidos por quaisquer agentes públicos, inclusive o próprio Chefe do Executivo. A segunda distinção relaciona-se com a forma. Se o regulamento exige solenidade, tanto que é escrito, revestindo, necessariamente, a forma do decreto, os atos executivos, podem não exigir solenidade especial, havendo atos orais para além dos escritos (despachos, por exemplo), que assumem, porém, formas mais solenes, como o alvará, a portaria e mesmo o decreto. A terceira distinção envolve a publicidade. Os regulamentos devem necessariamente ser publicados, especialmente os que produzem efeitos externos: no Brasil, de acordo com a prática constitucional, todos os decretos regulamentares são publicados no *Diário Oficial da União*. Quanto aos atos executivos, a publicação nem sempre é necessária. Ademais, quando o ato reclama publicação, ela pode se manifestar em forma resumida.[29] A quarta distinção relaciona-se com a possibilidade de revogação. A revogação dos regulamentos, em princípio, é livre, não admitidas, todavia, as revogações individuais.[30] Quanto aos atos executivos, a revogação nem sempre é

---

[28] Como esclarece Diogenes Gasparini, os atos normativos baixados pelos vários órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, em virtude de autorização legislativa, poderiam ser chamados de regulamentos apenas num sentido amplo. Não são regulamentos, em sentido estrito (GASPARINI. *Poder regulamentar*, p. 109).

[29] GASPARINI. *Poder regulamentar*, p. 11.

[30] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 208. No Brasil: BANDEIRA DE MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 323.

possível, seja porque ocorreu a *coisa decidida administrativa*, seja por outro motivo.[31] A quinta distinção diz respeito ao conteúdo e os efeitos dos atos em questão. Enquanto os regulamentos produzem efeitos *erga omnes*, disciplinando conteúdos gerais e abstratos, os atos executivos produzem efeitos concretos. A sexta distinção vincula-se à natureza dos atos. Enquanto o regulamento constitui ato ordenante, que integra o ordenamento jurídico, os executivos constituem atos ordenados, ou seja, praticados como aplicação da lei.[32] A sétima distinção diz respeito à delegação. Se o regulamento é indelegável,[33] o mesmo não ocorre com os atos executivos, que podem aceitar delegação.[34] Refira-se, por fim, para completar o presente esquema exemplificativo, que os regimes jurídicos do regulamento e do ato executivo diferem também no que concerne aos processos de impugnação contenciosa. Enquanto os atos executivos sempre admitem impugnação direta, inclusive por meio dos mecanismos processuais céleres, como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o *habeas data*, os regulamentos são insuscetíveis de impugnação direta, em razão de constituírem verdadeiras leis materiais.[35] A doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas no sentido de que os regulamentos, salvo quando aplicados, porque comportando normas genéricas e abstratas, são insuscetíveis de acarretar lesão a direito individual.[36] Desafiam impugnação direta, todavia, os atos executivos praticados com fundamento nos regulamentos.

---

[31] Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que: "1. não podem ser revogados os atos vinculados, precisamente porque nestes não há os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência; se a Administração não tem liberdade para apreciar esses aspectos no momento da edição do ato, também não poderá apreciá-los posteriormente [...]; 2. não podem ser revogados os atos que exauriram os seus efeitos; como a revogação não retroage, mas apenas impede que o ato continue a produzir efeitos, se o ato já se exauriu, não há mais que falar em revogação [...]; 3. a revogação não pode ser feita quando já se exauriu a competência relativamente ao objeto do ato; suponha-se que o interessado tenha recorrido de um ato administrativo e que este esteja sob apreciação de autoridade superior; a autoridade que praticou o ato deixou de ser competente para revogá-lo; 4. a revogação não pode atingir os *meros atos administrativos* como certidões, atestados, votos, porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos pela lei; 5. também não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois, a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao ato anterior; e, 6. não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos, conforme está expresso na Súmula 473, do STF" (DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 256).

[32] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 186.

[33] Salvo a hipótese dos regulamentos de organização. Neste caso, todavia, ocorrente delegação, o ato normativo emanado pela autoridade inferior não alcançará o mesmo grau hierárquico do regulamento, *stricto sensu.* Tratar-se-á de ato normativo infrarregulamentar.

[34] OLIVEIRA. *Delegação administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

[35] Raramente comportam também impugnação por via de ação direta de inconstitucionalidade, já que, em regra, envolvem questão de "ilegalidade" e não de "constitucionalidade". Entretanto, os regulamentos que invadem matéria sob reserva absoluta do legislativo ("reserva qualificada") são impugnáveis, inclusive, por meio do controle abstrato da constitucionalidade. Isto porque envolvem questão constitucional e não meramente legal. Já nos posicionamos sobre o assunto, no seguinte sentido: "O STF não admite ação direta de inconstitucionalidade contra *regulamentos* ou quaisquer atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei, pois são hipóteses de ilegalidade. Excetuam-se, porém, os *regulamentos autônomos*, quando invadem esfera reservada à lei" (CLÈVE. Artigo 103, *caput* e parágrafo primeiro (ADI e ADC). *In*: BONAVIDES; MIRANDA; AGRA (Org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*, p. 1331-1347). Sobre o assunto, consultar, entre outros: LEITE. *O regulamento no direito brasileiro*, p. 83. Os regulamentos, não obstante, podem aceitar impugnação por meio da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

[36] Miguel Seabra Fagundes demonstra que "[...] a lei propriamente dita dificilmente ensejará o pedido de segurança. Em si mesma, como norma genérica e abstrata (e, se não o for, não será lei materialmente, mas sim ato administrativo com forma de lei), ela jamais afeta direito subjetivo. Dependendo de ato executório que a individualize, não fere direitos, mas apenas torna possível ato de execução capaz de feri-los. É pela aplicação por meio de ato administrativo que se atinge o patrimônio jurídico do indivíduo. Tanto que, se a Administração se abstiver de aplicá-la, quando, por exemplo, contrária à Constituição, nenhuma situação individual será afetada" (FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 224).

5.6 Relações entre o regulamento e a lei

Alguns dados constitucionais precisam ser reafirmados. Apenas a lei pode, dentro do âmbito permitido pela Constituição, impor, de modo originário, restrições a direitos (art. 5º, II, da CF). Ademais, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV). Não bastasse isso, o Texto Constitucional dispõe que "Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União [...]" (art. 48 da CF). As únicas exceções a essa regra são a medida provisória e a lei delegada. Ainda, o art. 84, IV, da Constituição afirma competir privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a *fiel execução das leis*. Dispõe, também, o Presidente da República, nos termos do art. 84, VI, "a", da Lei Fundamental, de competência para expedir decretos dispondo sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal. Está-se aqui a referir ao regulamento de organização. Em ambos os casos, com menor ou maior amplitude o atuar normativo do Presidente reside em posição hierárquica inferior àquela da lei.

Dos dados normativos é possível extrair alguns princípios reitores das relações entre a lei e o regulamento.[37] O primeiro princípio é o da *primazia ou da preeminência da lei*. A lei está, hierarquicamente, acima do regulamento. O segundo princípio é o da *precedência da lei*. O Estado Democrático de Direito exige não apenas uma vinculação negativa (dever de não contrariar), mas também uma vinculação positiva (dever de apontar o fundamento legal) da Administração à lei.[38] O terceiro princípio é o da *acessoriedade dos regulamentos*. Os regulamentos, particularmente os de execução, são acessórios em relação à lei. Não podem tomar o lugar delas. Não podem assumir o papel que a Constituição reservou à lei. São atos normativos sujeitos à lei e dela dependentes. O quarto princípio é o do *congelamento da categoria*. Dele decorre que disciplinada determinada matéria por meio de lei, apenas por lei ou por ato de hierarquia superior, poderá sofrer alteração. O quinto princípio é o da *identidade própria do regulamento*. Ou seja, ainda que expressamente previsto pela lei, as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria, não alcançando, com a simples previsão legal, promoção hierárquica ou deslocamento de regime jurídico (do regulamentar para o específico da lei). O sexto princípio é o da *autonomia da atribuição regulamentar*. Bem por isso, o regulamento presidencial independe de autorização legislativa, encontrando seu fundamento não na lei, mas na própria norma constitucional. O sétimo princípio é o da *colaboração necessária entre a lei e o regulamento*. Em face dele, no caso dos regulamentos de execução, havendo dispositivos não autoexecutáveis, então *deverá* o Presidente da República regulamentá-los, sob pena, inclusive, de praticar crime de responsabilidade (art. 85, VII, da CF).[39] O oitavo e último princípio, referido nesta amostragem, é o da *autonomia da lei*. Dele decorre que: (i) a *vigência* da lei não pode ficar condicionada à edição de regulamento; previsão legal neste sentido fere a Constituição, importando delegação vedada de poder;[40] (ii) a *eficácia* (execução) da lei pode ficar condicionada à edição do regulamento, desde que seja fixado prazo para a ação normativa do Executivo (o princípio da divisão de poderes

---

[37] Cf. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 835-842.

[38] DI PIETRO. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 37.

[39] Se a lei é constitucional e dispõe de normas não autoexecutáveis, o exercício da atribuição regulamentar constitui medida inafastável, sob pena de a autoridade competente (o Presidente da República) incidir em crime de responsabilidade (art. 85, VII, da CF).

[40] PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, p. 318.

não admite deixar com o Executivo decisão envolvendo a suspensão ou adiamento da execução da lei);[41](iii) não previsto prazo para a edição de regulamento, então a lei "será eficaz desde a sua vigência em tudo aquilo que não depender do ato complementar e inicial da execução";[42] e, finalmente, (iv) definido o prazo da regulamentação e esgotado sem sua edição, "a lei será eficaz em tudo o que não depender do regulamento, já que antes de vencida a dilação temporal, era totalmente ineficaz".[43]

5.7 Alguns tipos de regulamentos e o direito brasileiro

5.7.1 Os regulamentos autônomos?

São autônomos os regulamentos baixados pelo Executivo em virtude de competência outorgada diretamente pelo Texto Constitucional para tratar de matérias pelo Constituinte definidas.

No Brasil, alguns juristas, vigente a última Constituição, admitiram os regulamentos autônomos. Fundamentavam a tese, basicamente, com o art. 81, V, que dotava o Presidente da República de competência para "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal".[44] Hoje, o dispositivo encontra-se (art. 84, VI, da CF) redigido de modo a conferir ao Chefe do Executivo competência para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, bem como a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. O que permite que alguns juristas estejam a defender, vigente a atual Constituição, em virtude da redação conferida pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, tratar-se a hipótese do art. 84, VI de verdadeiro regulamento autônomo.[45] Ocorre que o regulamento autônomo aceita partilha da competência normativa. Não é o que parece manifestar-se no caso brasileiro. Aliás, o legislador não fica impedido de dispor sobre as matérias elencadas no art. 84, VI. E nesse caso, havendo lei prévia, fica o Presidente da República limitado ao que ela especifica ("organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos"), exceto na hipótese da letra "b" em função da qual está o Presidente da República autorizado a extinguir cargo público criado (necessariamente) por lei. Não há aqui regulamento autônomo. Há, sim, manifestação de "mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências *já criados por lei*".[46]

---

41 Contra, entendendo que a fixação de prazo pelo Legislador é inconstitucional: GASPARINI. *Poder regulamentar*, p. 118.

42 GASPARINI. *Poder regulamentar*, p. 60. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 378.

43 GASPARINI. *Poder regulamentar*, p. 60-61.

44 É o caso de GASPARINI. *Poder regulamentar*.

45 Posições acerca da viabilidade do regulamento autônomo na ordem constitucional brasileira, a partir da EC nº 32/2001, podem ser consultadas em: BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 342-344; CYRINO. *O poder regulamentar autônomo do presidente da república*, p. 129-163; GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 252-254; ALMEIDA. Considerações sobre a "Regulação" no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 64-94; SILVA. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 13-37, 333-337; SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 426-427; CUÉLLAR. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*, p. 27-30; MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1051; BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 165-173.

46 Cf. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 342-343. Em sentido contrário, identificando no art. 84, VI um campo de reserva material administrativa delimitado na Constituição, o que autorizaria a existência de regulamentos autônomos no Brasil: CYRINO. *O poder regulamentar autônomo do presidente da república*, p. 143-187.

No caso brasileiro, o art. 84, VI, da Constituição não apresenta hipótese de regulamento autônomo, mas antes de um tipo que fica a meio caminho entre este e o de execução, muito mais próximo deste do que daquele, o assim chamado *regulamento de organização*.

5.7.2 Os regulamentos independentes

Os regulamentos independentes, ao contrário dos de execução, já "não recebem das leis determinados conteúdos-disciplinas para regulamentar, antes são eles que estabelecem, originariamente e com amplos poderes de conformação material, o regime, a disciplina de certas relações jurídicas".[47] Todavia, "[...] para que assim possa ser, tais regulamentos têm de ser legitimados por uma lei. Têm de receber duma lei habilitação para tal. Tem um acto legislativo de dizer quem pode emiti-los e em que matérias: definir, por conseguinte a competência subjetiva para a sua emissão".[48]

Não é necessário afirmar que nosso país não os aceita,[49] exceto em um específico caso. Com efeito, a Constituição Federal contempla uma modalidade de normativa independente. Trata-se daquela prevista no art. 33, §3º. Com efeito, segundo esse dispositivo (*in fine*) "a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa". Evidente que a Câmara Territorial não emanará leis, no sentido formal. Afinal, os Territórios não passam de autarquias territoriais integrantes da União.[50] Logo, não dispõem de competência legislativa. Mas disporão, sim, de uma competência normativa, cujos limites serão definidos por lei federal. Aliás, uma competência normativa não muito diferente daquela exercida pelas antigas províncias sob a égide do regime imperial.

5.7.3 Os regulamentos de necessidade?

Os regulamentos de necessidade são velhos conhecidos da experiência jurídica europeia. Aliás, o *decreto-legge* encontra sua origem na prática centenária italiana dos regulamentos de necessidade. Ou seja, para atender situações urgentes e extraordinárias (guerras, situações de calamidade, comoções internas de gravidade intensa, entre outros) o governo editava comandos normativos inovadores, de modo originário, da ordem jurídica. Posteriormente, as medidas de necessidade eram submetidas à apreciação do Legislativo, que poderia convalidá-las ou não. Trata-se de autêntica usurpação legislativa do governo, ou, antes, uma situação de governo de fato. Conforme a lição de Sergio Ferraz, os regulamentos de necessidade ou urgência não passam de manifestação política "que só adquirirá foros de legitimidade se *a posteriori* convalidada pela

---

47 ABREU. *Sobre os regulamentos administrativos*, p. 78.

48 ABREU. *Sobre os regulamentos administrativos*, p. 78.

49 Como analisado, o direito brasileiro admite os regulamentos de organização, comparáveis aos independentes do direito português. Mas a comparação não é justa. Antes da EC nº 32/2001 os regulamentos de organização dependiam de lei, que traçava, de antemão, os limites da atuação normativa do Executivo e, mais do que isso, os *standards* vinculantes da normativa. Não é o que ocorre hoje. No caso dos regulamentos independentes, a lei faz referência, unicamente, à matéria regulamentável e ao órgão que deverá editar a normativa. Não fixa o conteúdo (os parâmetros) da normativa. Logo, a extensão da competência regulamentar do Executivo, no último caso, é incomparavelmente mais ampla que aquela experimentada no direito brasileiro no caso dos regulamentos de organização.

50 Art. 18, §2º, da CF.

ordem jurídica [...]. Assim, antes, não serão regulamento e, depois de ratificados, o que haverá será lei formal".[51]

O direito constitucional brasileiro não os tolera. Entre nós, em situações extremas o Presidente, quando outro meio não seja suficiente, decreta o estado de defesa (art. 136 da CF) ou o estado de sítio (art. 137 da CF), podendo nesses casos emanar comandos normativos de urgência (que não são lei: arts. 136, §1º e 138, respectivamente, da CF), sempre sujeitos, porém, aos controles político (exercitável pelo Congresso)[52] e jurisdicional (o Judiciário, a qualquer tempo, poderá verificar ocorrente lesão a direito fundamental, a compatibilidade do ato de governo com a Constituição).[53] Esses comandos normativos de urgência, todavia, cabe reiterar, não são assimiláveis ao conceito de regulamento. Não sendo este o caso, o Presidente da República pode usar a sua competência para editar Medidas Provisórias, com força de lei.

5.7.4 Os regulamentos de execução

O regulamento de execução pode ser definido como "ato administrativo normativo, contendo comandos gerais, com vistas à correta aplicação da lei. A finalidade dessa modalidade regulamentar é a explicitação da norma legal, e o aparelhamento dos meios concretos para sua execução".[54] Esse tipo regulamentar não pode operar *contra legem*, *ultra legem*, ou *praeter legem*, exceto nas situações em que se esteja a realizar, diretamente, comando constitucional descumprido, por ação ou omissão do legislador.[55] Opera, portanto, *secundum legem* e *intra legem*.[56] Instrumentaliza a execução da lei, detalhando e explicitando seus comandos, interpretando seus conceitos e dispondo sobre órgãos e procedimentos necessários para sua aplicação pelo Executivo.

---

[51] FERRAZ. *Três estudos de direito*: desapropriação de bens públicos; o prejulgado trabalhista em face da Constituição; regulamento, p. 122-123.

[52] Ora, tanto o estado de defesa quanto o estado de sítio dependem da aprovação do Congresso, dotado de competência para suspendê-los (art. 49, IV, CF). Dependem também de manifestação favorável do Legislativo a celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), a declaração de guerra em caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX) e a celebração da paz (art. 84, XX). Ao Legislativo compete a apreciação do mérito das medidas adotadas.

[53] Em sentido contrário, focalizando o ato de governo como limite ao controle jurisdicional da Administração: GRINOVER. *As garantias constitucionais do direito de ação*; FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Na doutrina portuguesa: RIVERO. *Direito administrativo*.

[54] FERRAZ. *Três estudos de direito*: desapropriação de bens públicos; o prejulgado trabalhista em face da Constituição; regulamento, p. 115.

[55] De acordo com Gustavo Binenbojm: "Enfrentando embora diversos e autorizados entendimentos em sentido contrário, sustentei em outro trabalho — e reafirmo aqui — a possibilidade do repúdio à lei havida por inconstitucional pelo Poder Executivo (bem como pelos demais Poderes, quando no exercício de funções administrativas), independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio. Com efeito, fundando-se juridicamente a atividade administrativa direta e primariamente na Constituição, não há como negar à Administração Pública a condição de intérprete executora da Lei Maior. E, se assim é, corolário lógico de tal condição é a possibilidade (e, de resto, o dever jurídico) de deixar de aplicar leis incompatíveis com a Constituição, sob pena de menoscabo à supremacia constitucional" (BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 175). Há manifestação de descentralização normativa no exercício de competência regulamentar pelo Conselho Nacional de Justiça, nos termos do que dispõe o art. 103-B, §4º, I, da Constituição Federal, com a redação oferecida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Não pode, num caso, o Conselho Nacional de Justiça inovar originariamente a ordem jurídica. Sua atividade normativa é atividade de nível inferior ao da lei. Por isso, ainda que esteja a regulamentar matéria constitucional, nos casos em que isso possa se justificar, porque sua normativa não reside no mesmo patamar hierárquico da lei, aquela do legislador competente (seja federal ou estadual) sobre a mesma matéria prefere à oferecida pelo Conselho Nacional de Justiça.

[56] BANDEIRA DE MELLO. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*.

A doutrina brasileira parece concordar que o regulamento de execução é útil para (i) precisar o conteúdo dos conceitos (ou categorias) de modo genérico (deficiente densidade) ou de modo impreciso (vago, ambíguo) referido pela lei e (ii) determinar o modo de agir (procedimento) da Administração nas relações que, necessariamente, travará com os particulares na oportunidade da execução da lei.

Um terceiro campo de incidência dos regulamentos de execução, no direito brasileiro, poderia ser localizado. Trata-se do campo da assim chamada (iii) discricionariedade técnica.[57]

Os regulamentos incidentes sobre esse campo foram estudados, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que se fundamentando na doutrina americana, os chamou de "contingentes".

Tais regulamentos, segundo o autor, manifestam-se quando:

> [...] o Legislativo delega ao Executivo as operações de acertar a existência de fatos e condições para a aplicação da Lei, os pormenores necessários para que as suas normas possam efetivar-se. Ela encontra corpo nas atividades estatais de controle. A lei da habilitação fixa os princípios gerais da ingerência governamental e entrega ao Executivo o encargo de determinar e verificar os fatos e as condições em que os princípios legais devem ter aplicação.[58]

É verdade que há autores, como Marçal Justen Filho, para quem inexistiria fundamento jurídico suficiente para distinguir a discricionariedade administrativa da discricionariedade técnica. Isso porque não haveria lugar, na atividade administrativa, para o exercício de competência discricionária neutra, sendo único o regime jurídico da discricionariedade administrativa, seja ela considerada "pura" ou "técnica". Marçal Justen Filho não chega a propor a impossibilidade da emanação de decisões baseadas em critérios técnicos. É seu pensamento, todavia, que os juízos técnico-científicos continuam sendo, de toda forma, juízos de oportunidade e conveniência.[59]

No nosso caso, mantém-se a posição para apartar a discricionariedade técnica de outras formas de manifestação. É que, compreendida a unidade da competência administrativa em questão, presta-se, ao mesmo tempo, homenagem à utilidade da distinção que haverá de operar-se apenas como artifício teórico relevante.

Celso Antônio Bandeira de Mello, cuidando da operacionalização técnica da lei, desenha os contornos desse tipo de atuação regulamentar. Exemplifica com aqueles que "especificam as condições de segurança mínima nos veículos automotores e que estabelecem as condições de defesa contra fogo nos edifícios".[60]

No atual momento histórico, em face do processo de "administrativização" pelo qual passa o direito, é natural que os decretos regulamentares assumam uma importância considerável, contribuindo, inclusive, para a colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo. O território da operacionalização técnica da lei, no mundo de hoje, talvez constitua o espaço significativo da atividade regulamentar do Presidente da República.

---

[57] O tema é controverso, pois muitos autores defendem ser insustentável apartar do campo da discricionariedade administrativa aquela qualificada como técnica. Nesse sentido, confira-se: GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 215 e JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 528-529.

[58] BANDEIRA DE MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 367.

[59] JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 528-529. Também, do mesmo autor: JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 178-180.

[60] BANDEIRA DE MELLO. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, p. 48.

Trata-se de espaço relativamente novo, mais compreensível no contexto da sociedade técnica dotada de complexidade sempre crescente.

O campo da discricionariedade próprio da atividade regulamentar do Presidente da República, particularmente do regulamento de execução, com a reforma administrativa que incorporou à nossa experiência constitucional as agências reguladoras independentes, é também o campo da atividade discricionária de caráter normativo por elas desenvolvido.

Como se sabe, a competência reguladora tem na atividade normativa uma (apenas uma) de suas dimensões. Os regulamentos (setoriais) baixados pelas agências reguladoras independentes residem, do mesmo modo que os regulamentos gerais (sentido estrito), em posição hierárquica inferior à lei, mantendo-se subordinados a esta. É a lei que define os contornos da competência reguladora e, portanto, da competência normativa das agências.

5.8 Regulamentos delegados?

No Brasil, é possível divisar o debate em torno do regulamento autorizado em dois momentos; um anterior à Reforma Administrativa do Estado e outro posterior. No contexto anterior à Reforma, entre outros que os admitiam, encontravam-se Carlos Roberto de Siqueira Castro,[61] Celso Ribeiro Bastos[62] e Carlos Mário da Silva Velloso.[63] A experiência jurídica brasileira, em determinado momento, bastante influenciada pela doutrina americana, chegou a aceitá-los sem maiores problemas.

Nos últimos anos, a Reforma do Estado e a atuação normativa das Agências Reguladoras Independentes reavivaram o debate sobre a possibilidade de o ordenamento jurídico pátrio experimentar o regulamento autorizado.

5.8.1 Delimitação conceitual

Advirta-se de antemão que, referindo-se aos regulamentos delegados ou autorizados, não se está a identificá-los com os regulamentos complementares ou de integração. Estes, espécies dos regulamentos de execução, em sentido amplíssimo, são os que complementam os preceitos referidos pela lei, sempre de modo absolutamente sintético, em virtude de autorização constitucional. Decorrem de uma partição dos campos normativos da lei e do regulamento, cabendo à primeira não mais do que a descrição das bases gerais da regulação que será, depois, complementada pela atividade regulamentar do Executivo (em qualquer campo, pouco importando a natureza, administrativa ou não, da matéria regulada).

Com os regulamentos delegados, tudo se passa de modo diferente. A lei poderia (não há impeditivo constitucional) esgotar a regulação de dada matéria, preferindo, todavia, transferi-la, parcialmente, ao Executivo. No caso dos regulamentos complementares, o Executivo atua sobre um campo (variável e dotado de limites fluidos) propriamente seu. Já no caso dos regulamentos delegados, agirá apenas porque autorizado pelo legislador.

---

[61] CASTRO. *O Congresso e as delegações legislativas,* p. 96. O Autor entende que esse tipo de regulamento decorre de uma "delegação do tipo inominada".

[62] BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 381.

[63] VELLOSO. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*.

Quanto aos regulamentos complementares ou de integração, é indubitável que o direito brasileiro não mais os admite,[64] pelo menos no sentido empregado neste estudo. Verifique-se, agora, o caso dos regulamentos delegados.

5.8.2 Natureza dos regulamentos delegados

Os regulamentos delegados constituem resultado da ampliação da esfera normativa do Executivo em virtude de delegação do Legislativo.[65] Não é necessário recordar que há delegação quando um poder determinado autoriza outro a exercer determinada função.[66] As delegações atípicas, ou anômalas, possuem natureza idêntica a das delegações constitucionalmente previstas (típicas): a natureza de autorização ou de ato autorizativo. As delegações atípicas, ou anômalas, possuem natureza jurídica idêntica à das delegações constitucionalmente previstas (típicas): a natureza de "autorização" ou de "ato autorizativo".

Como praticados na experiência estrangeira, o direito brasileiro repele os regulamentos delegados. E continua a repeli-los mesmo depois da Reforma Administrativa.

Não é necessário mais uma vez enumerar as razões pelas quais, no Brasil, apenas a lei pode inovar, vestibularmente, a ordem jurídica. O poder regulamentar envolve apenas o campo determinado pelas leis exigentes de atuação do Poder Público. Ou seja, aquelas que exigem uma atuação (inclusive reguladora) do Executivo para sua aplicação.

O Constituinte, no art. 25 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), revogou a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgãos do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente, no que cinge a: I - ação normativa e, II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. O dispositivo aponta para um sentido que deve ser levado a sério. Se a prática jurídica anterior experimentou a técnica da delegação legislativa atípica, a nova Constituição não mais a tolera. O Constituinte procurou fortalecer a competência normativa do Congresso Nacional.[67] Se os princípios (i) da separação dos poderes (art. 2º); (ii) democrático (art. 1º, parágrafo único); (iii) do devido processo legal (art. 5º, LIV) e (iv) da legalidade (art. 5º, II) e universalidade da lei (art. 48), inscritos na Constituição, não forem suficientes para impedir a delegação legislativa em apreço, então, o art. 25 do ADCT, certamente, a impedirá. Ora, se o Constituinte revogou, incondicionalmente, as delegações do passado, é porque quer também proibi-las no presente e para o futuro.

No direito brasileiro, sempre que a Administração age para restringir os direitos fundamentais, deverá amparar-se em título jurídico idôneo para fundamentar sua ação (executiva ou normativa). Ante a dimensão assumida pelo princípio da legalidade,[68]

---

[64] LEITE. *O regulamento no direito brasileiro*, p. 38.

[65] FORTES. Delegação Legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 354.

[66] FORTES. Delegação Legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 354.

[67] MUKAI. Vedação constitucional de se legislar por portarias, resoluções e outros atos de terceira categoria. *Boletim Adcoas*, p. 21-23.

[68] Como leciona Lúcia Valle Figueiredo: "Todavia o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto. Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante" (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 42).

entre nós, a investigação do universo de incidência do regulamento reclama a clara definição (i) das regras que *a priori* são regras de lei, reservadas ao Poder Legislativo, e, pois, vedadas ao Executivo e, (ii) das regras que conquanto *a priori* não sejam regras de lei, podem ser transportadas por lei (congelamento do grau hierárquico) ou por regulamento, conforme a opção do Legislador.

Se a regra só pode ser veiculada por lei, então, o Legislador não pode autorizar a livre incursão do regulamento sobre ela. Porém, se a regra não é regra *a priori* de lei, então o Legislador pode incursionar ou, se assim preferir, deixar ao Executivo a tarefa de complementar a matéria. Nesta última hipótese, inocorre delegação.

Não há delegação quando o Presidente da República apenas detalha os conceitos ou categorias referidos pelo Legislador, ou disciplina os procedimentos utilizados pela Administração nas relações travadas com os particulares em decorrência de lei. Se o Legislador, nesse caso, poderia exaurir o âmbito de regulação da matéria legislada e não o fez, o Chefe do Poder Executivo pode regulamentar a lei em virtude de competência própria com ou sem autorização legal (regulamentos de execução: art. 84, IV, da CF).

A questão atinge certo grau de complexidade quando a ação normativa do Executivo incide sobre um universo maior de discricionariedade (especialmente a de feição técnica, sistêmica ou de conjuntura). Porque este seria, no direito brasileiro, o lugar daquele regulamento apontado, por determinada doutrina, como delegado ou autorizado.

Nesse campo, a Administração atua em virtude de delegação (autorização) do Legislativo, podem afirmar alguns. Aí, não há delegação, porque a Administração simplesmente executa a lei, podem afirmar outros. Ora, admita-se que a diferença entre as posições é meramente nominal. Designados como regulamentos delegados ou como regulamentos de execução (como se prefere no presente estudo), os rótulos indicam realidade fenomênica única. Idênticos fenômenos, embora com nomes distintos. Ambos constituem regulamentos *intra legem*, aceitos não apenas pela doutrina, como também pela jurisprudência. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado ainda sob a égide da Constituição de 1946, mas perfeitamente compatível com a ordem constitucional em vigor, decidiu que o princípio da indelegabilidade não exclui "certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos e operações de natureza técnica, dos quais dependerá a aplicação da lei".[69]

Para a Suprema Corte, se o Congresso não pode delegar o poder de fazer leis, pode, no entanto, elaborar uma lei com autorização para a Administração "determinar fatos ou um estado de coisas de que dependa, nos termos que ela mesma estatui, a sua execução ou eficácia".[70] A atividade normativa (discricionária) do Administrador, nesta área, deve estar sempre preestabelecida. A lei não pode conceder ao Executivo campo de atuação exasperado e sem linhas paramétricas claras, definidas e incontornáveis.[71]

---

[69] Habeas Corpus nº 30.555, Rel. Min. Castro Nunes, *RDP* nº 21/136.

[70] Habeas Corpus nº 30.555. Rel. Min. Castro Nunes, *RDP* nº 21/136. No mesmo sentido: RE nº 13.357, de 09.01.50, Rel. Min. Ribeiro Costa.

[71] PONTES DE MIRANDA. Independência e harmonia dos poderes. *Revista de Direito Público*, p. 21. Aliás, nesse artigo, cuja leitura é indispensável para quem queira aprofundar a problemática discutida no presente estudo, o jurista demonstra que o direito brasileiro não admite os regulamentos delegados. Mas admite um campo de ação dos regulamentos de execução que é, exatamente, aquele sobre o qual incidem, para alguns autores, os regulamentos delegados. Reproduza-se um trecho do artigo: "Era dado ao Poder Legislativo deixar ao Poder Executivo a fixação de cota mínima ou máxima de plantio, industrialização ou consumo de determinada produção nacional? A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados teve de enfrentar, de uma feita, esse problema. Ocorreu isso quando, em projeto de lei, se pretendeu tornar obrigatório o consumo de certa percentagem de trigo produzido no Brasil, em cada moinho, cota a ser determinada anualmente, de acordo

Logo, aquilo que, no Brasil, determinada doutrina chama de regulamento delegado corresponde ao regulamento de execução incidente sobre o sítio da discricionariedade,[72] tal como definido nas linhas precedentes (especialmente a de feição técnica, sistêmica ou de conjuntura). Aliás, corresponde também ao regulamento setorial baixado pelas agências reguladoras independentes, sempre com fundamento em norma legal respeitada a preeminência da lei.

Em síntese, não há lugar no direito brasileiro para o regulamento delegado na forma como concebido e praticado em outros países.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a "Regulação" no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 64-94, out./dez. 2005.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e *accountability*. *Lua Nova*, n. 55/56, São Paulo, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 96, out./dez. 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

com o aumento da produção, pelo Poder Executivo. Arguiu-se-lhes constituir delegação de poderes (art. 3º, §1º), além de infringir o art. 113, 2, da Constituição de 1934 (depois, art. 14, §2º, da Constituição de 1946). A Comissão repeliu que se tratasse de delegação de poderes sustentando que: 'Nada há a opor a que a lei atribua ao órgão executivo a faculdade de fixar, anualmente, a cota mínima de moagem do trigo nacional. A cota não pode ser fixada em definitivo, porque isso viria contrariar a ideia da lei em estudo. Essa cota tem de ser variável, é passível de aumentar a substituição progressiva do produto estrangeiro pelo produto nacional [...] Será mesmo conveniente que assim aconteça, como ato de funcionamento normal do aparelho regulador da produção e consumo do trigo nacional, e da execução de um plano econômico bem determinado, como esse que tem por objetivo a supressão futura da importação do trigo (Parecer de 13.4.37).' A doutrina da Comissão de Constituição e Justiça seria verdadeira naqueles casos em que a fixação da percentagem ou cota constitui ato de execução, isto é, em que ao Poder Executivo se concedeu apreciar elementos de fato, dentro de certos critérios estabelecidos, explícita ou implicitamente, pela lei. Ainda quando haja liberdade, não absoluta, de determinação da percentagem ou cota, o Poder Executivo não recebe delegação, apenas exerce a sua função específica, que é executar a lei. Não assim se, para a fixação de percentagem ou cota, não há critério nos textos legais e se deixou ao arbítrio do Poder Executivo. Aí, haveria delegação de poderes, ter-se-ia deixado ao Poder Executivo elaborar a regra jurídica, o que o art. 3º, §1º, da Constituição de 1934, semelhante ao art. 36, §2º, de hoje, vedava ao Poder Legislativo. É preciso, portanto, certo cuidado no exame das espécies e na recepção da doutrina aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Não há delegação legislativa onde a lei prestabeleceu a atividade do Poder Executivo; há-a, seguramente, onde se deixou arbítrio ao Poder Executivo".

[72] A Súmula nº 14 do STF, com a redação que alcançou no RE nº 84.355 (*RTJ* nº 170/155), confirma a tese. A redação proposta pelo Min. Thompson Flores é a seguinte: "É admissível por meio de decreto ou instruções, a fixação dos limites de idade na inscrição para provimento de cargos públicos, segundo a forma e as condições estabelecidas em lei".

BRASIL. Presidência da República. *Manual de redação da Presidência da República*. Brasília: Presidência da República, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CLÈVE, Clèmerson. Artigo 103, *caput* e parágrafo primeiro (ADI e ADC). *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sergio. *Três estudos de direito*: desapropriação de bens públicos; o prejulgado trabalhista em face da Constituição; regulamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORTES, Bonifácio. Delegação Legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 62, out./dez. 1960.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Poder regulamentar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Ed. UnB, 1990.

LANGROD, Georges. *O processo legislativo na Europa Ocidental*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1954.

LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Evolução constitucional europeia*. São Paulo: José Konfino, 1957.

MUKAI, Toshio. Vedação constitucional de se legislar por portarias, resoluções e outros atos de terceira categoria. *Boletim Adcoas*, São Paulo, n. 2, 1992.

NELSON, Michael. Avaliando a presidência. *In*: NELSON, Michael. *A presidência e o sistema político*: política norte-americana hoje. São Paulo: Alfa-Ômega, 1985.

O'DONNELL, Guilhermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, n. 44, São Paulo, 1998.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Delegação administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Independência e harmonia dos poderes. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 20, abr./jun. 1972.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, jan./mar. 1983.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 2006.

PÁGINA EM BRANCO

DIREITO CONSTITUCIONAL, NOVOS PARADIGMAS, CONSTITUIÇÃO GLOBAL E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO[1]

6.1 Introdução

A presente exposição enfrenta três objetivos: (i) recuperar, em breves pinceladas, no plano do direito interno, a memória da assim chamada *dogmática constitucional da efetividade*, produzindo juízo sobre o possível esgotamento de sua proposta, para, depois, cuidar das possibilidades do (ii) *constitucionalismo global* e do (iii) *constitucionalismo nos processos de integração*.

No que diz respeito à primeira parte da exposição, o campo da abordagem restringe-se ao universo das doutrinas amigas, não havendo lugar para os discursos refratários à Constituição. O direito constitucional brasileiro, aliás, como ninguém desconhece, conta com determinados operadores que, a pretexto de concretizar a Constituição, alcançam exatamente o contrário. Trata-se ora de uma dogmática da razão do Estado; ora de uma dogmática liberal ou neoliberal prisioneira do mercado reificado e reificante; ora de um conservadorismo constitucional comprometido com uma idade de ouro encontrada em algum momento da história nacional e, portanto, um constitucionalismo defensor de um *status quo* ou de uma operação regressiva; ora, finalmente, de uma dogmática que se identifica com o autoritarismo ou com o reacionarismo tributários de um pensamento ainda compartilhado por vários setores da sociedade brasileira. Nesse passo, o que se tem é a busca da mudança da Constituição para mutilá-la ou instrumentalizá-la — a chamada *ordinarização da Constituição*. Insiste-se nas deficiências do texto constitucional ou, pura e simplesmente, sabota-se a Constituição, especialmente aqueles capítulos exigentes de uma atuação estatal voltada à satisfação

[1] Artigo publicado originalmente na *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 39, p. 23-32, 2002. Foi utilizado para exposição no V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, tendo sido publicado em seus anais: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional,. v. 5, p. 221-237, 2004. Também foi publicado como capítulo do livro *Quinze anos de Constituição*: história e vicissitudes. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 404-415, organizado por José Adércio Leite Sampaio; no livro *Constituição e democracia*: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35-48, organizado por Paulo Bonavides *et al.*; e na revista *Crítica Jurídica*, n. 25, p. 305-316, 2006.

dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ou comprometida com os direitos fundamentais. Neste último caso, são mais afetados os direitos sociais de natureza prestacional, exigentes de uma atuação positiva do Poder Público, embora não apenas dela.[2] Cumpre, portanto, tratar apenas da dogmática comprometida com a Constituição, demonstrando, ademais, o esgotamento de determinados tempo e proposta.

6.2 Direito constitucional da efetividade

Emergiu no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, uma interessante doutrina identificada como *dogmática constitucional da efetividade* ou, como preferiram alguns, *dogmática constitucional transformadora*. O compromisso primeiro, nesse caso, não era propriamente de ordem teórica, sendo antes de ordem política. "A Constituição vincula", "a Constituição vale", "a Constituição incide", essas eram as mensagens do discurso constitucional.[3] Tratava-se de apostar nas virtualidades dirigentes e democráticas do novo texto e de irrigar a ordem jurídica com os valores plasmados no documento constitucional. Para isso, importava reler todo o direito à luz da principiologia da Constituição, através do processo conhecido como *filtragem constitucional*. Tratava-se, portanto, de uma doutrina amiga da Constituição, enfim, de uma doutrina constitucional amorosa, vinculada até a medula à ideia de normatividade integral da lei fundamental. Propunha a releitura das velhas categorias, a discussão a propósito do renovado papel do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião constitucional (embora não o único), no contexto da nova Constituição, e o estudo das ações constitucionais como meios de efetivação das suas promessas.

O discurso renovou, indiscutivelmente, o direito constitucional brasileiro, autorizando, inclusive, renovadas aberturas teóricas decorrentes, muitas vezes, da forte influência exercida pelas doutrinas alemã, americana, portuguesa e espanhola sobre os novos constitucionalistas. Do ponto de vista teórico, a produção discursiva ainda era, em geral, dependente de paradigmas já experimentados no país. Note-se, por exemplo, a dificuldade para superar a visão segundo a qual a aplicabilidade da norma depende menos do operador jurídico, especialmente do discurso que ele conforma e sustenta, e mais das qualidades intrínsecas do texto, ou seja, a ideia nesse particular de que são as qualidades do texto que determinam a extensão da vinculação dos poderes à normativa

---

[2] Robert Alexy compreende os direitos fundamentais como feixes de posições jusfundamentais, por isso, necessário se faz compreendê-los como um todo. Ademais, cada direito fundamental é multifuncional, e sua função exercida primordialmente atua como critério para sua classificação. Ainda classifica os direitos em direitos de defesa e direitos de prestação, de modo que este último é subdivido em direitos a prestações fáticas (em sentido estrito) e direitos a prestações normativas (em sentido amplo). Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ainda, de acordo com Virgílio Afonso da Silva: "Alexy parte de um conceito de direitos sociais que, ainda que possa soar estranho, por não fazer menção expressa à igualdade, ajusta-se perfeitamente àquilo que a Constituição, em seu art. 6º, dispõe. Segundo ele, direitos sociais são direitos a algo, cujo titular, se dispusesse de meios financeiros para tanto e se houvesse oferta suficiente, poderia conseguir por seus próprios meios. Não parece ser outra a intenção da Constituição brasileira ao garantir, no art. 6º, um direito à saúde, à educação, ao lazer, à moradia etc. Aquele que, para usar os termos de Alexy, 'dispõe de meios para tanto', não necessita desses direitos sociais. Mas há outros direitos a prestações estatais que não se enquadram nesse raciocínio. Alexy menciona, por exemplo, os direitos a uma prestação normativa, especialmente aqueles destinados a garantir a segurança dos indivíduos. O Estado tem o dever de agir, nesse sentido, para garantir a segurança dos indivíduos por meio da elaboração de leis penais eficazes. Esse seria apenas um dentre vários exemplos possíveis de direitos a prestação estatal positiva que não são direitos sociais. Daí a razão dessa breve digressão dogmática" (A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 549).

[3] Sobre o tema conferir: CLÈVE. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*; SARMENTO. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO (Org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*.

constitucional. Perceba-se a dificuldade para superar as velhas teorias classificatórias da aplicabilidade das normas, dificuldade encontrada mesmo nos juristas mais comprometidos com a potencialização das virtualidades normativas da Constituição.[4]

O papel mais interessante da *dogmática constitucional da efetividade*, nestes anos, foi o *pedagógico*, decorrente da comunicação de uma nova forma de relação do jurista cidadão com a Constituição. Fala-se de pedagogia capaz de estimular a criação, nas escolas de direito espalhadas pelo país, de uma leva considerável de jovens juristas, e de fomentar, nos cursos de mestrado, doutorado e de especialização, a renovação do pensamento constitucional brasileiro. O esgotamento do discurso, todavia, já era visível nos últimos anos. Daí a necessidade da busca de novos caminhos, especialmente no sítio teorético.

A aliança com a integral efetividade da Constituição continua. Não podia ser diferente, eis que compõe, afinal, compromisso permanente. No entanto, a doutrina constitucional reclama novas premissas, novos conceitos, renovadas *démarches*. Por isso, a afirmação segundo a qual a *dogmática constitucional da efetividade* não morreu, apenas sofreu transfiguração para dar lugar a um discurso, por um lado, essencialmente igual quanto aos seus propósitos e, por outro, essencialmente distinto quanto às qualidades de suas *démarches* ou quanto à reivindicação do lugar constitucional na ordem normativa da sociedade contemporânea. É aqui que se percebe a manifestação daquilo que pode ser chamado de transmutação do lugar normativo da Constituição.[5]

Aprende-se desde cedo, particularmente na faculdade, que a Constituição é o corpo de normas dotadas de superior hierarquia residente no vértice da pirâmide jurídica, portanto, a ideia da ordem jurídica enquanto pirâmide. Está-se a referir, é evidente, à metáfora kelseniana, útil por muito tempo. No entanto, o lugar normativo da Constituição, hoje, não pode mais ser o mesmo. Antes vértice de uma pirâmide, no âmbito nacional apresenta-se mais como centro, um centro exercente de atração de ordem gravitacional sobre o vasto universo normativo contaminado pela fragmentação. O universo jurídico é sistematizado pelo trabalho árduo do operador jurídico que maneja a linguagem constitucional em busca da unidade de sentido e coerência sistêmica. O que ora se apresenta não constitui nenhuma novidade.

No campo jurídico tudo haverá de orbitar em torno da Constituição. Nesse caso ela é o sol, a estrela ímã que confere integridade ao universo fragmentado dos microssistemas normativos que precisam ser reconstruídos enquanto sistema total (exigente, por isso mesmo, de consistência, coerência e integridade). O sistema não é simplesmente um dado, mas antes um construído, resultado do arranjo arquitetônico do modo de produção jurídico.

A Constituição é fundamento, mas é também centro, estrela-mãe a atrair para a sua órbita os fragmentos que compõem o universo normativo muitas vezes contraditório da sociedade complexa. É igualmente filtro que retém e repele o que não pode integrar a ordem jurídica recomposta. Qualquer estudo jurídico, portanto, no âmbito doméstico e particular, sendo indiferente o ramo do saber, haverá de começar levando em conta a Constituição do ponto de vista formal e material, especialmente para cotejar a disposição que reclama aplicação com o Texto Constitucional e daí retirar a demonstração de sua legitimidade. Mas o trabalho final do operador jurídico, consistente na solução deste

[4] Sobre a questão ver: BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira; SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

[5] Sobre o tema conferir: DIAS. *A justiça constitucional em mutação*.

ou daquele caso, não se completa, não se perfaz, se também não for testado mais uma vez à luz da Constituição. A Constituição tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico.[6]

Centro, fundamento e filtro, o direito constitucional, agora, é outro. Não é mais um discurso de especialistas, uma linguagem apenas para os iniciados. Ao contrário, é agora língua comum, idioma compartilhado por todos os juristas (para não falar dos cidadãos), uma espécie de língua franca na medida em que não há possibilidade de aplicar o direito (qualquer ramo do direito) sem, ao mesmo tempo, transitar pelo direito constitucional. Mas é língua franca também para o sítio exterior ao exercício profissional do direito. Eis a razão pela qual a Constituição que incide tem seu sentido construído e reconstruído num processo democrático permanente de disputabilidade intersubjetiva levado a efeito pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, para fazer uso da eloquente expressão sugerida por Peter Häberle.[7]

A transmutação do lugar constitucional exige o reconhecimento da existência de condições. Envolve uma compreensão da ordem jurídica somente concebível no quadro de uma Constituição renovada em relação não só às suas características normativas, mas, igualmente, em relação ao papel que pretende desempenhar na sociedade complexa, plural e fragmentada da atualidade.

A Constituição absorve determinados valores, apresentados na forma de princípios, de modo a garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Não é mais um simples corpo orgânico destinado a estruturar o Estado, os seus órgãos e a desenhar os limites do exercício do poder. Mais do que isso, é, na verdade, a mina, a reserva, a fonte da materialidade do direito, dos valores que singularizam esta ou aquela ordem jurídica, dos compromissos intergeracionais condensados normativamente. Por isso, compondo uma reserva de justiça,[8] ela é conquista, é condensação compromissória, é expressão de luta e, ao mesmo tempo, consenso, resultado do acordo sobre o que é essencial e determinante e, particularmente, sobre o papel que o homem, senhor de sua história, através de seus canais de mediação, em especial as instituições, haverá de desempenhar na comunidade de destino. Em síntese, a Constituição deixa de ser um documento do Estado e para o Estado para afirmar-se como documento também da sociedade e, por isso mesmo, do ser humano dotado de dignidade. O Estado é instrumento a serviço do homem, e não o contrário.

Tem-se, de um tempo para cá, discutido a propósito do papel do direito constitucional, dos tribunais constitucionais, da lei e do legislador no contexto dos Estados Constitucionais que supõem a existência de democracia, pluralismo, direitos fundamentais e justiça. Entre os substancialistas e os procedimentalistas emerge um debate interessantíssimo, porém, muitas vezes, incapaz de dirimir a significação das Constituições contemporâneas e especialmente daquela experimentada aqui e agora, em contexto concretamente compreendido, no espaço-tempo delimitado pela formação social brasileira.

---

[6] Sobre a noção de direito como integridade, ver: DWORKIN. *O império do direito*; CHUEIRI. *Filosofia do direito e modernidade*: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.

[7] Segundo Peter Häberle, "A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade" (*Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, p. 13).

[8] VIEIRA. *A Constituição e sua reserva de justiça*.

No caso do Brasil, presidido por uma Constituição rica em princípios, a discussão não pode descurar do conteúdo substantivo da Lei Fundamental. Isso, sem olvidar, entretanto, que o procedimento tem um papel importantíssimo a cumprir, qual seja, ordenar a manifestação da sociedade aberta e plural dos intérpretes da Constituição ou dos membros da associação política entre livres e iguais para o exercício do autogoverno. Por isso, os mecanismos ordenadores da participação democrática devem, entre nós, ser levados a sério sem que isso signifique a desnaturação de uma Constituição principiológica cuja dimensão material igualmente vincula e conforma a experiência jurídica como um todo.

A Constituição aberta, garantia da sociedade pluralista e democrática que se quer justa e livre, reclama compreensão tocada pela singularidade decorrente dos desafios de uma formação social residente no hemisfério meridional.

Princípios e regras desempenham papéis distintos no direito de uma sociedade complexa e plural (no caso brasileiro, mais complexa devido à existência, a um tempo, de ilhas pré-modernas, modernas e pós-modernas compondo a teia societária).[9] Abre-se aqui a senda para um novo discurso que tem por condição a transmutação do lugar epistêmico do direito constitucional rumo ao que tem sido, por convenção, chamado de pós-positivismo, na verdade um ensaio de superação das *démarches* propostas pelas velhas teorias positivistas, inclusive as de matriz sociológica e normativista.[10]

Aceitar que o conhecimento carrega a verdade, supor que o intérprete é capaz de ostentar uma condição de neutralidade, defender o universo da ciência como presidida por um padrão insuperável de objetividade, alardear que o papel do intérprete é o de desvelar a verdade oculta no objeto investigado, imaginar que o direito é exclusiva obra do legislador e que o juiz não faz mais do que aplicá-lo, eis a cosmovisão do operador tomado por certo positivismo, prisioneiro do paradigma da filosofia da consciência. Ora, a Constituição é um composto de princípios e regras, sendo ambos indispensáveis para o direito constitucional das sociedades complexas, plurais, abertas e democráticas. E este tipo de sociedade reclama um direito constitucional distinto daquele experimentado até aqui. Daí a importância da superação do paradigma da *filosofia da consciência*, para, dentro do *paradigma da filosofia da linguagem*,[11] compreender que é a disputabilidade entre os sujeitos que produz conhecimento, que o objeto não tem uma verdade objetiva oculta que possa ser *revelada* ou *descoberta* pelo intérprete e, mais, que a consistência do discurso autoriza a adesão à justificada solução apontada para este ou aquele caso. Nesta hipótese, especialmente para os casos difíceis, a importância do discurso, especialmente dos novos aportes hermenêuticos e da teoria da argumentação, são indiscutíveis. Daí a razão da preocupação, no contexto deste paradigma, com o desenvolvimento de teorias vinculadas a uma visão desde o ponto de vista interno (o ponto de vista do operador jurídico), capazes de cimentar um discurso de convencimento suficientemente sólido

---

[9] Sobre a questão: HART. *O conceito de direito*; ÁVILA. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

[10] BARROSO. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In*: BARROSO (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.

[11] "A passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais lingüísticos, que serviam apenas de instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados lingüísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estado de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais" (HABERMAS. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos, p. 15).

e consistente erigido no contexto de uma esfera democrática de afirmação de verdades intersubjetivamente alcançadas. Está-se, pois, diante de renovado direito constitucional, diferente daquele ainda contaminado apenas pelos aportes positivistas. Um direito constitucional, ademais, que sem negar as virtualidades dirigentes da Constituição brasileira (o caso de Portugal certamente é distinto!),[12] nem por isso imagina que o sujeito da dinâmica constitucional é apenas o Estado, razão pela qual dialoga com a sociedade complexa, plural e democrática, sem descurar da existência de um mercado que, sendo útil, nem por isso haverá de ser deificado. Trata-se de um direito constitucional que, no universo da prática democrática, realizada no contexto do espaço público, afirma apenas o papel necessário do Estado para a realização das promessas constitucionais, sem descurar da função da sociedade formada por cidadãos livres e autônomos capazes de decidir, no contexto da disputabilidade constitucional, o que é melhor para si. E que, neste caso, apelando para os princípios, aceita a processualidade como forma insuperável de definir o seu sentido, razão pela qual não tolera o comprometimento da fórmula constitucional do Estado com poderes divididos, decorrente do eventual monopólio do acesso à *verdade constitucional* por este ou aquele Poder. Trata-se, repita-se, de outro direito constitucional, que se afirma, a um tempo, entre substancialistas e procedimentalistas, ou entre aqueles que, como nós, entendem que a materialidade constitucional não repele, ao contrário exige, a consideração das consequências da processualidade e dos importantes aportes do procedimentalismo.[13] Opera-se aqui a passagem do *constitucionalismo da efetividade* para o que agora se propõe designar como *constitucionalismo emancipatório*.[14]

6.3 Direito constitucional e superação de fronteiras

A segunda questão a ser abordada diz respeito à necessidade da abertura dos estudos constitucionais para o problema da superação das fronteiras. O direito constitucional não pode fechar os olhos para o que ocorre no seio da comunidade internacional.

Está-se a provar tempos difíceis nos quais impera, no plano internacional, uma lógica unilateral, por um lado, e mercantilista, por outro. Diante desse "salve-se quem puder" ou "quem pode manda e quem não pode teme", avulta a fragilidade do direito internacional enquanto instância civilizatória dotada de capacidade para garantir a paz e a construção de uma comunidade internacional que seja digna desse nome. É verdade que, ultimamente, estávamos a viver sob a égide do pensamento único, do horror neoliberal que tudo reifica, que tudo transforma em mercadoria. O Fundo Monetário Internacional (FMI), embora dê sinais de tímida mudança, ainda é, mesmo em momento de grave crise econômica, o lugar de certas práticas tributárias do pensamento do consenso (ou pós-consenso) de Washington, onde, claramente, as economias centrais, em especial a americana, ditam as regras.

A globalização (a mundialização financeira e econômica neoliberal ou liberal fundamentalista) preocupa, mesmo neste momento de crise econômica. Trata-se de processo que merece combate, lembra Avelãs Nunes,[15] catedrático da Universidade de Coimbra,

---

[12] CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*; COUTINHO (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*.

[13] ELY. *Democracia e desconfiança*; HABERMAS. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade.

[14] CLÈVE. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*.

[15] *Neoliberalismo e direitos humanos*.

mas combate travado nos foros internacionais e também através do desenvolvimento de políticas que atendam ao interesse nacional, não tenhamos vergonha de dizê-lo. Mas a resistência pode decorrer também da emergência de outro tipo de mundialização, como propunha um intelectual que tanto honrou nosso país: Milton Santos.[16] Neste passo, o Brasil, no campo das relações internacionais, tem várias tarefas a cumprir, seja contribuindo para a formação de novos blocos, seja reivindicando assento no Conselho de Segurança da ONU, seja denunciando a hipocrisia globalizante que sustenta a necessária abertura dos mercados e o livre comércio para todos os povos, menos para os proponentes, seja implantando políticas nacionais articuladas internacionalmente com outras formações políticas dotadas de interesses análogos. Enfim, muita coisa pode ser feita. Cumpre, ao país, evidentemente, nessa toada, aderir à luta pelo multilateralismo, pela criação de foros democráticos multilaterais, pela democratização da comunidade internacional e pelo fortalecimento da Organização das Nações Unidas (ONU). É a essa mundialização que se reporta Milton Santos.[17]

O Brasil não alcançará êxito, neste mundo conturbado, sem uma articulação muito bem feita, entre políticas nacionais de defesa dos seus interesses e uma política internacional de apoio aos foros multilaterais de discussão dos problemas de alcance mundial. A autarquia, o fechamento pode ser disfuncional, pois o interesse nacional passa hoje pelo fortalecimento da posição do país no plano internacional. As políticas internas e desenvolvimentistas, a defesa do interesse nacional para a satisfação das promessas constitucionais são fatores que não se sustentam na autarquização, demandando, antes, a conquista de posição privilegiada no mundo globalizado. Ora, o que vale para a política também vale para o direito.

O direito internacional e o direito constitucional brasileiro precisam fazer amizade. Reporta-se a um direito internacional democrático, dotado de valores tais como aqueles proclamados no Texto Constitucional brasileiro. Neste ponto, manifesta-se igualmente mudança de paradigma no discurso constitucional. Migra-se de um paradigma vinculado à realidade interna, para outro que insere o direito constitucional nacional no contexto daquilo que pode ser chamado de direito constitucional global.

6.4 Direito constitucional global

Em que consiste o direito constitucional global? Trata-se, sem dúvida, de uma realidade ainda incipiente que, ultimamente, tem preocupado os constitucionalistas. Compõe, ao primeiro olhar, um conjunto de princípios compartilhados, verdadeiro patrimônio jurídico da humanidade, construído progressivamente a despeito da relatividade dos valores. Um plexo, diga-se de passagem, que desafia a emergência de uma comunicação mais estreita com os direitos constitucionais nacionais, com as constituições nacionais, ou seja, com as ordens jurídicas presididas por verdadeiras constituições e não simplesmente por eventuais cartas constitucionais. Nesse passo, a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e pertinência) de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos. Valores, cumpre lembrar, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas,

[16] *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal.
[17] *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal.

mas condensados também a partir de decisões prolatadas pelas cortes internacionais, especialmente de direitos humanos, e de determinadas declarações e tratados internacionais. Haveria aqui, portanto, a ideia de que o direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam determinados valores, principalmente aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos haveriam de ser respeitados nacional e internacionalmente. Também a democracia e a paz, para ficarmos apenas nestes princípios, desenhariam a teia da Constituição global.[18]

Neste momento, porém, o direito constitucional global integra mero meio de legitimação material das Constituições nacionais. Todavia, não há como deixar de reconhecer a existência de um modesto *jus cogens* internacional suficiente para, do ponto de vista material, caracterizar o direito em questão. Para o fortalecimento desse *jus cogens* internacional e das instituições voltadas à sua proteção, deve agir a diplomacia brasileira. Neste particular, o direito internacional transparece como normatividade necessária para, através das instituições multilaterais, promover a revisão da dinâmica que, ultimamente, em virtude de ações unilaterais despidas de sustentação jurídica, tem contaminado as relações entre os povos.

Quanto ao diálogo entre a Constituição material global e a Constituição nacional, essa é tarefa para o novo constitucionalismo brasileiro que vai dando mostras de passar por um processo mutacional de grande significação.[19]

A primeira abertura manifesta-se para considerar a hipótese da pertinência de um diálogo com a Constituição global, implicando a emergência do que alguns juristas chamam de transconstitucionalismo.[20] A segunda abertura, todavia, de natureza distinta, ocupa-se do encontro necessário do direito constitucional com o direito da integração,

---

[18] Como anota Paulo Ferreira da Cunha: "Mas o carácter prático dos direitos humanos exerce-se ao nível internacional, ao passo que ao nível nacional pontificariam os direitos fundamentais. O facto de cada vez mais se falar em *direitos humanos fundamentais*, independentemente de preferências e ideolectos teóricos, parece-nos sociologicamente revelar um dado do nosso tempo: é que o internacional e o global já entraram pelas ordens jurídicas nacionais adentro. Em muitos casos, ainda apenas pelas Constituições, e pelos tratados. Mas insistimos: no futuro será normal que os poderes judiciais (e até os outros) invoquem com naturalidade as leis comuns da Humanidade, e efectivamente as apliquem" (Do constitucionalismo global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 248).

[19] De acordo com Flávia Piovesan, "Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados" (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 96). No mesmo sentido: CANÇADO TRINDADE. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *In*: *Arquivos do Ministério da Justiça*; HERRERA FLORES. *A (re)invenção dos direitos humanos*; MAZZUOLI. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*.

[20] Conferir: NEVES. *Transconstitucionalismo*, obra em que o autor define o referido tema como a relação entre ordens jurídicas diversas, estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais, ao enfrentarem problemas de natureza constitucional. De maneira complementar, Luís Roberto Barroso aponta o seguinte: "Já chegando ao fim do século, o fenômeno conhecido como 'transposição jurídica' — a importação por um país do direito e das instituições jurídicas desenvolvidas em outro — tornou-se uma prática cada vez mais importante da rotina de desenvolvimento dos desenhos institucionais. Em alguma medida, o fato de que o direito, o pensamento jurídico e os desenhos institucionais estejam transitando além das fronteiras políticas e geográficas não é novo. A novidade que será ressaltada aqui corresponde à maneira como as cortes de diferentes países tornaram-se mais influentes no desenvolvimento da jurisprudência uma das outras" (*A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 33-34).

manifestando-se no contexto do que determinados autores chamam de direito constitucional do Estado pós-nacional.[21]

6.5 Integração regional e Mercosul

Neste mundo complexo, dinâmico e globalizado, o Estado se vê compelido a deixar suas fronteiras para a defesa dos seus interesses legítimos e, mesmo, de sua soberania. Eis o paradoxo, já que a defesa da soberania não se faz mais apenas no sítio doméstico; faz-se, agora, também, a partir de medidas tomadas no contexto cooperativo ou estratégico da comunidade internacional.

Testemunha-se a associação de países para o desenvolvimento de políticas voltadas à conquista de posições mais vantajosas no âmbito das inevitáveis negociações travadas no mercado internacional. Tais medidas, nada obstante necessárias, nem sempre são suficientes. Daí o caminho dos pactos regionais, especialmente daqueles dirigidos à construção de verdadeiros espaços econômicos ou políticos comandados por estruturas supranacionais.

Ao considerar os espaços de integração, importa desde logo excluir experiências como a da NAFTA e mesmo a da sepultada ALCA. Nas duas hipóteses, manifesta-se a arquitetura de espaços meramente econômicos, decorrentes da noção de livre comércio regional, o que implica a supressão parcial das políticas nacionais de índole econômica. Reporta-se referida modalidade de aliança à livre circulação de bens, capitais e mercadorias, mas não à de pessoas, que continuarão prisioneiras dos territórios dos respectivos Estados nacionais, impedidas, como hoje, de ultrapassar, especialmente, as cercas de Tijuana ou as águas do Rio Grande em direção ao norte.

O Mercosul nasce, como se sabe, com uma proposta de integração não apenas econômica dos Estados do sul da América. A pretensão é, a longo prazo, de apresentar-se como um verdadeiro espaço comunitário. É verdade que o Mercosul passa por dias difíceis. Por outro lado, não foram concebidas ainda as estruturas supranacionais tais como aquelas encontráveis no continente europeu. Não temos ainda um Tribunal do Mercosul (como o de Luxemburgo), embora alguns passos estejam a ser ensaiados nessa direção, nem um Parlamento do Mercosul com competências significativas como o europeu. Daí porque se experimenta um direito que pode ser chamado de direito da integração, mas que não substancia, ainda, um direito comunitário como aquele desenhado no contexto europeu. Não há, ainda, na América do Sul, manifestação de um direito supranacional. Experimenta-se um direito internacional, ainda tímido, da integração regional. Mas se é a ocasião de constituir uma comunidade latino-americana de nações, então é fundamental aprofundar a experiência mercosulina e estudar o que ocorre na Europa, mesmo em circunstância de crise.

6.6 Experiência europeia

No caso europeu, as instituições supranacionais produzem o direito comunitário seja a partir de delegação, transferência ou cessão de competências, seja do compartilhamento de poderes soberanos. As teses são várias.

---

[21] Sobre a abertura dos Estados leciona Habermas que: "A globalização pressiona do mesmo modo o Estado nacional a se abrir internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas. Ao mesmo tempo, ela limita de tal modo o âmbito de ação dos governos nacionais, que o Estado soberano também tem de se abrir para fora diante de administrações internacionais" (*A constelação pós-nacional*, p. 107).

Embora os autores não tenham alcançado um consenso, parece certo que o direito comunitário deriva de uma *delegação* de competências dos Estados nacionais. Essa tese não é incompatível com a manutenção da soberania pelos Estados integrantes. Afinal, o que é delegado pode ser retomado. Neste caso, as instituições comunitárias conformam o direito comunitário, mantida a soberania com seu titular. Afirma-se, por isso mesmo, que apenas o *exercício* de determinados poderes decorrentes *da* e inerentes *à* soberania seria transferido (por isso tratar-se de delegação), não, todavia, a titularidade da soberania que remanesceria em mãos dos Estados.

As competências dos órgãos comunitários, definidas a partir de normas convencionais primárias, podem ser exclusivas ou concorrentes com as competências dos Estados nacionais que integram a União Europeia. No último caso, o princípio da subsidiariedade exerce uma função importante.

Questão complexa diz respeito ao papel das Constituições dos Estados no espaço comunitário. Isso porque o Tribunal de Luxemburgo tem, de longa data, definido como certo que, *primeiro*, o direito comunitário tem prevalência sobre o direito interno e, *segundo*, o direito comunitário tem prevalência sobre o direito constitucional nacional. Ademais, nessa toada, o Tribunal de Luxemburgo reservou a si, com exclusividade, a função de formar juízo sobre a validade das normas comunitárias, sendo ele, portanto, juiz "da competência da competência".

A Constituição nacional mantém-se como centro; mas, agora, como centro parcial da ordem jurídica total. É centro da ordem jurídica nacional, mas não da ordem jurídica comunitária que, nos termos do que entende o Tribunal de Luxemburgo, não pode ter suas normas controladas pelos órgãos jurisdicionais nacionais (inclusive os tribunais ou cortes constitucionais) tomando como parâmetro a Constituição nacional.

As relações entre o direito constitucional e o direito comunitário implicam mudança do paradigma constitucional, pois a Constituição de centro da ordem jurídica aplicada no espaço nacional passa a apresentar-se como centro unicamente da ordem nacional, mas não da ordem comunitária aplicada no território nacional. E o juiz é juiz, ao mesmo tempo, da ordem nacional e da ordem comunitária, reportando-se aos tribunais superiores do Estado nacional ou, eventualmente, ao Tribunal de Luxemburgo, no que diz respeito à ordem comunitária. É evidente que essa questão envolve problemas de legitimação da ordem comunitária. Também exige atenção a questão da tensão entre o direito constitucional e o direito comunitário, o que implica, eventualmente, a deslegitimação da Constituição nacional. A crítica ao direito dos burocratas de Bruxelas (direito comunitário) se dá, em geral, em decorrência desse sentimento.

O direito constitucional europeu quebra paradigmas. A Europa de hoje, passadas as incertezas do momento, poderá voltar a influenciar a experiência futura de outros povos. De qualquer modo, se é certo que a experiência europeia deve ser conhecida, não é menos certo que ela não pode ser transplantada, sem mais, para o continente americano, inclusive porque não foi ainda resolvido o problema do déficit democrático do direito comunitário europeu.

No Brasil, existem vários problemas correntes a serem superados. Um deles diz respeito à posição do Supremo Tribunal Federal em relação à forma de recepção de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. O RE nº 80.004/SE, de 1977, consagrou a prioridade de lei interna e posterior sobre tratado internacional anterior, considerando que o direito internacional encontra-se em situação de paridade com o direito ordinário federal, implicando a possibilidade de afastamento da execução

de tratado em território nacional em decorrência de lei federal posterior, ou mesmo de lei anterior acaso especial.[22]

Outro problema que se apresenta é o da dificuldade de aceitação de um direito da integração que possa alcançar a consistência de um direito comunitário, em que pese o especificado no parágrafo único do artigo 4º da Constituição, segundo o qual a República Federativa do Brasil buscará integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A Constituição brasileira, ao que parece, exceto radical mutação da compreensão de seus termos, não dá mostras de tolerar sua transformação em centro de uma ordem jurídica meramente parcial. Ela reivindica a condição de centro de uma ordem jurídica total, embora no horizonte de um constitucionalismo sensível ao direito internacional e, por isso, também à ideia de transconstitucionalismo.[23]

A delegação do exercício de competências inerentes à soberania a uma entidade supranacional, em que pesem os argumentos de notáveis juristas brasileiros, não parece tão claramente defensável a partir de uma primeira leitura da Constituição Federal. De qualquer forma, se é possível do ponto de vista normativo, então importa alterar a percepção do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, já que este vem exigindo, mesmo quanto aos atos normativos do Mercosul, um mecanismo de internalização do direito internacional. E por isso, a questão desafia debate, podendo eventualmente exigir reforma constitucional. Espera-se, neste caso, entretanto, que o aprofundamento do Mercosul, algo que nesta altura parece muito distante, ofereça resposta ao problema ainda não resolvido, na União Europeia, do criticável *déficit* democrático do direito comunitário.

6.7 Considerações finais

Convém concluir. Viu-se que o direito constitucional brasileiro passa por momentos de transformação que exigem um repensar dos juristas. Novos paradigmas estão a produzir um renovado direito constitucional e nesse ponto há muito a fazer. Participemos, então, da empreitada sem, contudo, abandonar a ideia de que a Constituição é feita para o ser humano. Daí a razão pela qual podemos mudar, mas mudar para melhor alcançar a realização das promessas constitucionais, especialmente aquelas fundadas na dignidade da pessoa humana e no objetivo permanente que deve ser uma obsessão dos professores e estudantes de direito, dos doutrinadores e dos constitucionalistas: construir uma sociedade livre, justa e solidária. Nessa missão a cumprir, juntos, os sócios do Mercosul podem fazer mais do que sós. O diálogo, portanto, entre o constitucionalismo global, o direito internacional regional e a normatividade constitucional, composto num ambiente de mútuo respeito, pode significar o trânsito para outro modo de praticar o constitucionalismo emancipatório, um modo menos doméstico e mais transconstitucional.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVELÃS NUNES, Antonio José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[22] Com exceção dos Tratados sobre direitos humanos em decorrência da nova jurisprudência do STF e do disposto na EC nº 45/2004.

[23] Para entendimento diverso sobre a questão, ver: MALISKA. *Estado e século XXI*: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Comes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade*: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 15, p. 245-255, jan./jun. 2010.

DIAS, Cibele Fernandes. *A justiça constitucional em mutação*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI*: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, p. 541-558, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ESTADO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMOS E TRIBUTAÇÃO[1]

7.1 Introdução

Dizia Geraldo Ataliba,[2] lição com a qual ninguém discordará, que o direito tributário, particularmente no Brasil, não pode ser operado sem o direito constitucional. Mais do que isso, não seria exagero afirmar que ele substancia espécie de direito constitucional em ação. O direito tributário, afinal, disciplina o processo de arrecadação dos recursos necessários para a satisfação, pelo Estado, por meio dos serviços públicos, do exercício dos poderes públicos ou da implementação de políticas públicas, dos fins, dos objetivos e dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ninguém desconhece que a Constituição de 1988 define o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Cumpre compreender o que significa isso, eis que a Constituição de 1988 emergiu num contexto em que o Direito Constitucional não gozava de especial prestígio.

Quando a Constituição foi promulgada, a experiência jurídica brasileira era, ainda, prisioneira de certa leitura positivista. Não havia, entre nós, um arsenal teórico e um corpo de categorias operacionais que pudessem dar conta, de modo satisfatório, da nova realidade constitucional. Um grande esforço pedagógico foi despendido pelos juristas brasileiros para que a Constituição fosse compreendida, pela comunidade jurídica, como norma,[3] uma conquista que outros povos já haviam alcançado.

---

[1] Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba (IDEPE), 2004, publicado na *Revista de Direito Tributário* (São Paulo, v. 92, 2005).

[2] Cf. ATALIBA. *Hipóteses de incidência tributária*; e *República e Constituição*.

[3] Cf. BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira; CLÈVE. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*; e *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. É importante lembrar sobre o constitucionalismo da efetividade que: "Diante do conteúdo avançado da Constituição, uma das preocupações centrais da teoria constitucional brasileira passa a ser incrementar a sua força normativa. Isso ocorreria, contudo, não por meio de uma síntese com a realidade constitucional, como propunham os constitucionalistas alemães da teoria concretista, mas pela via do desenvolvimento de uma 'dogmática da efetividade', centrada na atuação do Poder Judiciário. Se o Direito Constitucional positivo estabelece um projeto social adequado, não haveria mais sentido em debater acerca da realidade que o condiciona ou de sua justificação racional. A grande missão seria efetivar a Constituição, razão pela qual os enfoques filosóficos ou político-sociológicos não teriam muito a contribuir. O que se propunha

Em termos de doutrina do direito constitucional, talvez o Brasil tenha produzido nesses últimos anos mais do que nos trinta anos que antecederam a promulgação da Lei Fundamental. Diante dessas circunstâncias, o direito constitucional se transformou numa espécie de língua franca. Ora, quem domina uma específica disciplina jurídica deve cuidar ao mesmo tempo da normativa constitucional.

A Constituição de 1988 introduziu novidades. Muitos foram aqueles que não conseguiam enxergar nela uma verdadeira Constituição porque ia além da simples delimitação das tarefas do Estado. Outros temiam por sua efetividade, porque o texto dispõe sobre promessas que, apostavam, não seriam cumpridas. E havia aqueles que, com base em determinadas categorias operacionais, fundadas numa teoria tradicional, não conseguiam mesmo compreendê-la. O combate não foi pequeno, provindo críticas inclusive da esfera governamental que, desde o primeiro momento, atacou a Constituição argumentando que, com ela, seria impossível governar o país.[4]

Passados alguns anos, percebeu-se a necessidade de um deslocamento conceitual em busca de arcabouço teórico capaz de dar conta da nova realidade constitucional brasileira. Aproximar a normatividade da realidade constitucional é o urgente desafio dos juristas. É neste contexto que exsurgem os discursos pós-positivistas implicando, em certos casos, a afirmação do que alguns chamaram de neoconstitucionalismo.[5]

7.2 Neoconstitucionalismos?

Para a doutrina contemporânea, a Constituição tomada como norma, deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais. Fala-se, então, de um Direito Constitucional *principiológico* que toma a sério os direitos fundamentais, conferindo peso à função garantista da jurisdição constitucional. O papel da jurisdição constitucional, nesse quadro, sofre acréscimo de importância enquanto, paradoxalmente, o controle de constitucionalidade é verticalizado. Essas novas considerações exigem uma compreensão adequada da nova súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e da coisa julgada. Esta, não substanciando apenas fenômeno processual, apresenta-se agora como direito fundamental, o que implica submeter-se ao regime constitucional dos direitos fundamentais. Ora, não há direitos fundamentais absolutos.[6]

---

era conceber a Constituição como 'verdadeiro Direito', integrado por normas aptas a produzirem efeitos; a comandarem o comportamento dos órgãos estatais, entes privados e indivíduos. O que se desejava era uma 'Constituição para valer', o que dependeria, em grande medida, da sua proteção judicial" (SOUZA NETO; SARMENTO. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho, p. 198-199).

4 Sobre a história constitucional brasileira ver: SOUZA NETO; SARMENTO. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Ademais, como explana Adriano Pilatti: "A extensão do texto, alguns pecadilhos de forma e outros conteúdos polêmicos, porém, despertaram apreensões, descontentamentos e críticas no campo conservador. Ao presidente Sarney, não obstante a decisão pelos cinco anos, ratificada na Comissão IV e mantida no Anteprojeto, desagradava a restrição dos poderes presidenciais decorrente do sistema parlamentarista então adotado e agora mantido. Aos ministros militares irritava a extensão da anistia concedida a opositores civis e militares punidos durante a ditadura. O patronato amargava as rasas concessões aos progressistas nas matérias privilegiadas neste trabalho, bem como o alargamento de direitos dos trabalhadores. Tudo isso somado, o Anteprojeto foi recebido com uma saraivada de críticas, logo amplificadas pela imprensa, e rapidamente apelidado de *Frankenstein*" (*A Constituinte de 1987-1988*: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo, p. 151).

5 Sobre neoconstitucionalismo, ver: BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*.

6 Cf. SILVA. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia; ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*.

Neoconstitucionalismo? Pós-positivismo? Não há, na verdade, uma teoria neoconstitucional. Há *teorias neoconstitucionais*;[7] neoconstitucionalismos, portanto. Aproveitando uma metáfora, uma imagem, não seria demais dizer que os neoconstitucionalismos podem ser Diana Krall, Duke Ellington ou Miles Davis, enfim, são como o *jazz* no sentido de que há pessoas que tocam os seus instrumentos ou manejam suas cordas vocais de modos distintos. O experimentalismo jurídico ensaia abraçar a realidade mutante, fragmentada e plural, exigente das novas *démarches* teóricas que os vários positivismos no campo do direito constitucional já não satisfaziam.

Portanto, os neoconstitucionalismos implicam renovada visão do Direito Constitucional justificada no contexto da sociedade contemporânea, pós-industrial, em processo contínuo de transformação, cujo pluralismo impede a realização de consensos definitivos. As distintas concepções a propósito do que significa a vida digna, por exemplo, levam ao Legislador, ao Administrador ou ao Juiz *questões difíceis*[8] que não são adequadamente resolvidas com a caixa de ferramentas antes manejada.

Os novos discursos importam, na verdade, manejo do direito constitucional considerando duas dimensões: normativa e metodológica. A primeira implica incorporar com seriedade a abertura do direito positivo *a montante* e *a jusante*. A abertura *a montante* (i) supõe a incorporação do Direito Internacional, particularmente dos direitos humanos, à nossa prática cotidiana, (ii) exigindo, também, a consideração da normatividade decorrente do processo de integração regional e (iii) daquela substantiva abstrata conformadora do constitucionalismo global, implicando reconhecer os apelos do transconstitucionalismo.[9] Ao lado dessa dimensão normativa tem-se, *a jusante*, a abertura do Direito para a sociedade, em função das parcerias, do direito concertado, dos mecanismos de participação, da luta por direitos, que precisam também ser considerados. Trata-se de um Direito aberto aos valores, em permanente diálogo com moral e a ética. Isso não significa um retorno ao jusnaturalismo, mas apenas uma abertura a esses sítios em virtude da normatividade dos princípios constitucionais.

O fortalecimento da jurisdição e o redimensionamento do seu papel na seara constitucional fazem parte das exigências da nova normatividade. Se antes, com o Estado de Direito, os direitos fundamentais eram compreendidos nos termos do que definia o Legislador, hoje, com o Estado Constitucional, a lei subordina-se aos direitos fundamentais. A liberdade de conformação normativa do Legislador sofre compressão. Controlada pela sociedade, em função dos processos democráticos, pode também sofrer censura, em virtude de ato comissivo ou omissivo, proveniente do juiz constitucional. A novidade aqui não reside na possibilidade do controle, conhecido entre nós a partir da proclamação da república, mas da sua intensidade.

---

7 Conferir: CARBONELL (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*.

8 Ronald Dworkin e Robert Alexy acreditam na existência de questões difíceis e na possibilidade de uma resposta correta para tal questão: ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*; DWORKIN. *Uma questão de princípio*. Contra a divisão entre casos fáceis e difíceis expõe Lênio Streck que: "Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*. Na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um 'caso simples'" (STRECK. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, p. 39). Muito embora, o mesmo autor, defenda a possibilidade de uma resposta correta no plano hermenêutico. Em oposição à tese da resposta correta ver: POSNER. *Problemas de filosofia do direito*.

9 Sobre o transconstitucionalismo ver: NEVES. *Transconstitucionalismo*; PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*; CONCI. *Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*.

Na dimensão metodológica, o Direito muda não porque a técnica da subsunção tenha perdido utilidade. Admite-se que o Direito é composto por regras e princípios.[10] Ora, o campo das regras é o da subsunção; quanto a isso estão certos os teóricos do positivismo. Mas com os princípios é diferente, pois desafiam otimização e, mais do que isso, tratamento singular na circunstância de manifestação de colisões. A natureza compromissória e plural da Constituição possibilita a emergência das colisões. Se é certo que estas podem ser resolvidas pelo Legislador no processo de conformação normativa, não é menos certo que também o Judiciário poderá ser provocado para resolvê-las. O que será feito não através do raciocínio subsuntivo, mas, eventualmente, fazendo uso da ponderação. A ponderação supõe atribuição de peso aos termos colidentes, exige sólida argumentação e adequado tratamento do postulado da proporcionalidade na sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[11] O processo não envolve a ampliação da discricionariedade judicial, mas antes o desenho de processos e testes para o seu maior controle, seja pela sociedade, seja pelas instâncias jurídicas.

É verdade que a compreensão da Constituição e do Direito como sistema de regras e princípios pode conferir preocupante plasticidade ao direito constitucional. Por isso, a segurança jurídica, princípio nuclear e direito fundamental, não pode sair do horizonte do intérprete. Cumpre, aqui, levar em conta a passagem do *paradigma do sujeito* ou *da consciência* para *o paradigma da linguagem*.[12] O Direito, antes objeto exterior ao sujeito cognoscente, agora é linguagem, uma linguagem que o atravessa.[13]

A segurança jurídica não depende apenas das características estruturais do sistema normativo. A argumentação desempenha agora relevante papel. Em relação à dogmática jurídica, não se trata de esquecer a contribuição de Kelsen, mas antes de superá-la. A ideia de superação, na dialética, supõe o aproveitamento do momento anterior. Na hipótese, se o papel da ciência jurídica era delimitar o campo, a moldura dentro da qual qualquer solução seria indiferente e, por isso, aceitável, implicando a escolha de uma delas pelo juiz exercendo poder discricionário, agora apenas a melhor solução, testada à luz dos ensaios argumentativos, merece prosperar. Manifesta-se, aqui, transitando pelo sítio da razão prática, esforço dirigido à compressão da esfera decisória implicando manifestação judicial conduzida pela vontade e legitimada pela autoridade do cargo. A carga argumentativa orientada ao convencimento e não a autoridade haverá de justificar a decisão, produzindo a legitimidade do discurso no Estado Democrático de Direito.

---

[10] Na lição de Humberto Ávila, a distinção é apresentada da seguinte maneira: "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (*Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 70). Sobre a questão consultar: ÁVILA. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos; DWORKIN. *Levando os direitos a sério*; SILVA. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*.

[11] Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*; ÁVILA. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos; BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*; SILVA (Org.). *Interpretação constitucional*; MENDES. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência*; BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

[12] Sobre a questão de paradigmas conferir: LUDWIG. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo; CRUZ. *O discurso científico da modernidade*: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?.

[13] STRECK. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*.

Portanto, se para a subsunção ainda são parcialmente válidas as *démarches* do normativismo positivista, os exercícios de solução de casos difíceis tomam em conta as lições de autores como Robert Alexy[14] ou Martin Borowski,[15] para citar apenas alguns. Resumindo, o neoconstitucionalismo, não se apresenta como uma teoria; é, antes, um movimento doutrinário que aglutina entendimentos bastante variados. Aliás, melhor do que um movimento, é um momento de revisão das *démarches* teóricas antes praticadas. Fala-se, então, dele não como uma "outra coisa", mas, antes, como "algo mais", na linha daquilo que tem praticado mais recentemente o Supremo Tribunal Federal. Não há nenhuma revolução aqui. Há, porém, frescor e algum sabor de novidade no experimento.

7.3 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais resumiam-se, durante muito tempo, aos *de defesa*. Tratavam-se, portanto, de direitos de garantia, particularmente do indivíduo diante do Estado. A Constituição de 1988 prevê generosamente (i) direitos de defesa, que implicam para o Poder Público um dever de abstenção, condição das garantias constitucionais em matéria tributária, e (ii) direitos prestacionais, exigentes de ação positiva.

Ficou assentado na doutrina e na jurisprudência que os direitos prestacionais não substanciam meras normas programáticas. São direitos fundamentais dotados da mesma exigibilidade que os demais. A útil tipologia das normas em relação à eficácia desenhada por José Afonso da Silva[16] para enfrentar a Constituição orgânica (Organização do Estado e dos Poderes, por exemplo), não pode ser inteiramente aproveitada para o tratamento dos direitos fundamentais.[17]

Os direitos fundamentais substanciam verdadeiros *feixes de posições jurídicas jusfundamentais*,[18] cada um deles apresentando, ao mesmo tempo, embora em diferentes graus, dimensões positivas e de defesa. Para exemplificar alude-se ao mais elementar dos direitos, a liberdade de locomoção. Deve o Poder Público se abster de tomar qualquer medida da qual resulte a turbação do exercício pelo titular. Manifesta-se aqui uma das dimensões. Ninguém desconhece, por outro lado, que numa sociedade urbanizada, a liberdade de locomoção não é nada sem a organização de um serviço público de transporte coletivo ou a implementação de políticas voltadas à mobilidade das pessoas com parcos rendimentos ou com limitações de ordem física. Ora, o direito ostenta dimensões negativa e positiva ao mesmo tempo, reclamando do Poder Público abstenção (não turbar ou impedir) e ação (garantir o exercício efetivo). O direito à propriedade também implica abstenção e prestação. Quer dizer, o Estado precisa organizar e manter instituições, como é o caso da polícia, tipificar delitos e, mais do que isso, facilitar o acesso, em especial dos hipossuficientes, ao exercício do direito. Reitere-se: os direitos fundamentais, como ensina Alexy, se apresentam como *feixes de posições jurídicas jusfundamentais*.

É preciso compreender, por outro lado, que os direitos fundamentais se expressam ora através de regras ora de princípios. O que significa dizer que, ocorrente colisão, as situações definitivas deles derivadas podem reclamar o manejo da ponderação. O direito à intimidade, por exemplo, pode colidir com a liberdade de informação. Os direitos,

---

[14] ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*.

[15] BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*.

[16] SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

[17] Cf. SILVA. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia.

[18] ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*.

então, compondo rede de significação derivada da reserva de justiça da Constituição plural, nas circunstâncias de colisão, terão seu conteúdo definitivo dependente do resultado de um juízo de ponderação conduzido pelo operador jurídico.

Num primeiro momento, a concordância prática, ensaio de harmonização — na linha do que ensinam Celso Bastos[19] e Konrad Hesse[20] é suficiente. Sendo necessário avançar, a ponderação pode, observado o princípio da proporcionalidade, levar ao sacrifício de um direito *numa determinada circunstância*. Mesmo aí não há que se falar na invalidade da disposição cuja incidência foi afastada, pois em outra situação ela pode prevalecer. Não se trata aqui de hierarquia, incompatível com a unidade hierárquico-normativa na Constituição, mas antes de *condicionalidade* operada pelo juiz no momento da resolução de um caso concreto.

Na hipótese de colisão, por exemplo, entre o direito à saúde e a liberdade religiosa, cumpre indagar se pode alguém ser compelido a sofrer determinado tipo de intervenção dependente de transfusão sanguínea, especialmente se professa religião refratária à indicada solução terapêutica? A solução, inexistindo precedente aplicável, pode ser alcançada à luz da ponderação, levando-se em consideração as peculiaridades do caso. O fato de o paciente estar no livre gozo da sua consciência, por exemplo, vai certamente ser determinante para a prolação da decisão.

Convém lembrar que todos os direitos fundamentais demandam custos, razão pela qual estão equivocadas as teorias que procuram retirar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário naquilo que se refere aos direitos prestacionais. Cass Sustein[21] mostra que os direitos fundamentais prestacionais, assim como os direitos de defesa *custam*; ambos reclamam gastos públicos. Seja para manutenção de instituições como a polícia e o Poder Judiciário, seja para efetivação de políticas públicas, há custos.

É bom ressaltar que os direitos prestacionais não são panaceias. O Judiciário, quando provocado, vai garantir a satisfação dos direitos com a máxima prudência, observando, inclusive, alguns parâmetros introduzidos pela doutrina ou concebidos no exercício da jurisdição constitucional, como (i) a proteção do mínimo existencial,[22] (ii) a proteção da confiança,[23] (iii) a vedação do retrocesso histórico,[24] (iv) a proibição da proteção insuficiente[25] (v) e a tutela do núcleo essencial.[26] Aliás, no campo dos direitos prestacionais, a exigência da proporcionalidade se apresenta exatamente como postulado da vedação da proteção insuficiente.[27] Mais do que isso, a atuação da jurisdição constitucional, na circunstância, haverá de levar em conta as exigências do regime democrático, que confere peso considerável à legitimidade das autoridades eleitas, e, também, aquelas decorrentes do modelo brasileiro de organização política com poderes divididos.

---

19 Sobre a "cedência recíproca", conferir: BASTOS. *Curso de direito constitucional*, p. 99.

20 HESSE. *Escritos de derecho constitucional*; HESSE. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*.

21 SUSTEIN; HOLMES. *The Cost of Rights*: why Liberty Depends on Taxes.

22 TORRES. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*; HONÓRIO. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*.

23 FREITAS. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*.

24 QUEIROZ. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.

25 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

26 FREITAS. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*.

27 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

7.4 A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional assume particular relevo no Estado Constitucional. Depois da Segunda Guerra Mundial desenvolve-se forte processo conducente à criação de tribunais constitucionais. Aparecem, num primeiro momento, os tribunais constitucionais da Itália, da Alemanha e da França. Após a democratização dos países peninsulares europeus, uma segunda onda abraça Portugal, Espanha e Grécia. Finalmente, depois da queda do Muro de Berlim, a terceira onda atingiu os países do leste europeu.

No século XIX, com uma sociedade menos dinâmica, o Legislador conseguia regular matérias estabelecendo pautas condensadas em códigos. Vivia-se o *século do Legislador*. Já o século XX, com a superação do Estado mínimo e a emergência do Estado de Bem-estar Social, é o *século do Administrador*. A atuação do Poder Executivo foi exigida para a realização de políticas públicas ou para a implantação de serviços públicos eficientes em áreas como a educação e a saúde. O século XXI pode ser chamado de *século da Jurisdição,* pois nunca o juiz exerceu um papel tão proeminente nas sociedades ocidentais como agora. E como haverá de atuar o Poder Judiciário, particularmente no exercício da função jurisdicional?

Há no Brasil uma ideia, muitas vezes equivocada, de que o ativismo judicial implica uma posição progressista e a autocontenção judicial uma posição conservadora. Na história da Suprema Corte norte-americana, por exemplo, são identificáveis períodos de autocontenção judicial com avanço do Estado de Bem-estar Social, como aconteceu, por exemplo, na era Roosevelt. Em outros momentos, como na Era Warren, o ativismo judicial resultou na defesa dos direitos civis. Nos dias que correm, a Suprema Corte americana experimenta uma sorte de ativismo conservador.

Ora, entre nós, ninguém negará que o Supremo Tribunal Federal tem exercido um papel relevante. Tanto o exercício da jurisdição como a Faculdade de Direito têm basicamente dois papéis a cumprir: o primeiro deles é o de produzir e reproduzir o conhecimento, oferecendo sólida formação. O segundo é o papel de sensibilização. Mas se não for possível fazer as duas coisas ao mesmo tempo, que o ensino cumpra o papel de sensibilizar o alunado, porque sensibilizado ele irá atrás do conhecimento. Digo isso lembrando a história da Suprema Corte americana. Três momentos da Suprema Corte marcaram a história norte-americana: (i) com o juiz Marshall, (ii) a passagem da era Roosevelt (Holmes) e (iii) com o juiz Warren. Os juízes Marshall e Warren, que não eram propriamente eruditos em matéria constitucional, tinham grande sensibilidade, produzindo mudanças jurisprudenciais adequadas e significativas que redundaram em importantíssima renovação da experiência constitucional estadunidense. Por outro lado, Story foi um erudito, mas possivelmente só os iniciados o conhecem, eis que não deixou uma marca indelével na história constitucional americana como juiz, senão como cultivado jurista. Portanto, a sensibilidade é algo extremamente importante no contexto da jurisdição constitucional. O melhor juiz nem sempre é aquele que acumula, como uma biblioteca, o maior número de leituras.

Pois bem, a jurisdição constitucional para as mais recentes teorias constitucionais desempenha papel de extremada significação. E, neste sentido, o que tem ocorrido no direito brasileiro? No que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade, houve a passagem de um modelo de controle difuso-incidental para um modelo de convivência com o controle concentrado-principal. Depois da Constituição de 1988, a convivência permaneceu, todavia, com supremacia do controle

concentrado-principal. Com a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade criada pela Emenda Constitucional nº 3, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e com a disciplina da arguição de descumprimento de preceito fundamental, já prevista na Constituição desde o início, mas regulamentada por lei ordinária,[28] o controle de constitucionalidade passa a sofrer um processo de verticalização que implica a compressão da jurisdição constitucional difusa e a primazia da concentrada, exercitada particularmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A concentração de poderes num tribunal que é responsável pela última palavra no controle de constitucionalidade traduz tendência mundial. Quando se admite um Direito principiológico, mais dúctil, como diz Gustavo Zagrebelsky,[29] e quando se percebe que a segurança jurídica não decorre apenas da estrutura do sistema normativa, mas também do processo de aplicação do comando normativo, em síntese, quando se abre o sistema, é preciso ter um mecanismo de fechamento que renda homenagem à segurança jurídica. Hoje não é mais possível sustentar o fechamento baseado exclusivamente na delimitação estrita das categorias jurídicas. O fechamento deve, agora, ocorrer também em função da última palavra do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Eis a razão da verticalização do processo brasileiro.

Seguindo a tendência, foi ampliado o leque de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade depois da Constituição de 1988, em que pese a autorrestrição do Supremo Tribunal Federal na exigência de pertinência temática para os legitimados ativos não universais.[30] Neste ponto convém lembrar que o Supremo vem, ultimamente, amenizando o entendimento.[31] Outro sintoma da verticalização é encontrado na atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade (previsão da Emenda

---

[28] Sobre a questão consultar legislação pertinente: (i) Lei nº 9.868/1999 que trata da ADI e da ADC; (ii) Lei nº 9.882/1999 que versa sobre a ADPF; (iii) Lei nº 12.063/2009 que dispõe sobre a ADI por omissão; (iv) e ainda, a Emenda Constitucional nº 45/2004.

[29] ZAGREBELSKY. *Il derecho dúctil*.

[30] "EMENTA: Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Ausência de pertinência temática. 1. Não há pertinência temática entre o objeto social da Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil, que se volta à defesa dos interesses dos servidores públicos civis, e os dispositivos impugnados, que versam sobre o regime de arrecadação denominado de 'Simples Nacional'. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (ADI- AgR nº 3.906/DF. Rel. Min. Menezes Direito, j. 07.08.2008). Desta maneira, aqueles que estão obrigados a apresentar pertinência temática são os seguintes, de acordo com o art. 103-CF: IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; enquanto os demais são considerados legitimados universais.

[31] "Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional': compreensão da 'associação de associações' de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. É entidade de classe de âmbito nacional — como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) — aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das 'associações de associações de classe', de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade". (ADI nº 3.153-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.08.2004, Plenário, *DJ*, 09 set. 2005.) No mesmo sentido: ADI nº 2.797 e ADI nº 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, Plenário, *DJ*, 19 dez. 2006. Em sentido contrário: ADI nº 23, Rel. Min. Moreira Alves, j. 02.04.1998, Plenário, *DJ*, 18 maio 2001.

Constitucional nº 3) ou de ação direta de inconstitucionalidade (em virtude da Lei nº 9.868/1999)[32] ou de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.[33]

O efeito vinculante é algo que está além da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*, autorizando, na circunstância de descumprimento da decisão judicial por órgão de jurisdicional inferior, algo mais que o manejo dos recursos processualmente admitidos; possibilita o aforamento direto, no Supremo Tribunal Federal, da reclamação, inclusive com pedido de liminar.[34] Ou seja, a reclamação ostenta, nesse contexto, a condição de verdadeira ação constitucional voltada à preservação da autoridade do julgado ou da competência do órgão de cúpula do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.[35] A modelagem dos efeitos da decisão também se justifica em função da tendência referida. Entendeu-se, até muito recentemente, que o controle de constitucionalidade implicava um juízo declaratório de reconhecimento de patologia preexistente. A consequência disso é que a declaração da inconstitucionalidade implicava a necessária produção de efeitos *ex tunc*. Estava justificada, assim, a aplicação da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Mas acontece que no Brasil a inconstitucionalidade em tese pode ser declarada a qualquer momento, sendo possível que uma lei com gênese constitucional possa ter transitado para um estado de inconstitucionalidade em virtude da mudança de circunstâncias fáticas. É possível, também, por outro lado, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei crie uma situação de injustiça mais grave do que a decorrente da manutenção da patologia. Cite-se, a título de exemplo, a hipótese do cidadão aprovado em concurso público e investido em cargo criado por lei inconstitucional que, vinte anos depois, vê, com espanto, a declaração de sua inconstitucionalidade.

Para que a declaração de inconstitucionalidade não faça *tábula rasa* do tempo pretérito, a melhor doutrina brasileira já estabelecia uma distinção entre a eficácia no plano normativo e a eficácia no plano das relações concretas.[36] A declaração de

---

[32] Cumpre lembrar que a Lei nº 9.868/1999 regulamentou a ação declaratória de constitucionalidade e conferiu à ação direta de inconstitucionalidade, onde não havia previsão constitucional, a produção de efeitos vinculantes na sentença procedente ou improcedente. Conferir art. 28, parágrafo único, da Lei.

[33] De acordo com a Lei nº 9.882/1999 (ADPF): "Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...] §3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público".

[34] "Inexiste ofensa à autoridade de Súmula Vinculante quando o ato de que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema" (Rcl nº 6.449-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.11.2009, Plenário, *DJE*, 11 dez. 2009.). No mesmo sentido: Rcl nº 8.111-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02.03.2011, Plenário, *DJE*, 28 mar. 2011; Rcl nº 8.846-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 04.02.2010, Plenário, *DJE*, 09 abr. 2010. *Vide* Rcl 3.939, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.04.2008, Plenário, *DJE*, 23 maio 2008.

[35] Art. 103-A, §3º da CF: "Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso". Sobre o assunto ver as seguintes decisões: "Súmulas vinculantes. Natureza constitucional específica (art. 103-A, §3º, da CF) que as distingue das demais súmulas da Corte (art. 8º da EC 45/2004). Súmulas 634 e 635 do STF. Natureza simplesmente processual, não constitucional. Ausência de vinculação ou subordinação por parte do STJ" (Rcl. nº 3.979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 03.05.2006, Plenário, *DJ*, 02 jun. 2006.) No mesmo sentido: Rcl nº 10.707-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 20.10.2010, *DJE*, 04 nov. 2010; Rcl nº 3.284-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 1º.07.2009, Plenário, *DJE*, 28 ago. 2009. "A Lei 11.417/2006 define os legitimados para a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 3º). O rito estabelecido nesse texto normativo não prevê a impugnação dos enunciados mediante recurso extraordinário" (Pet nº 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.06.2009, Plenário, *DJE*, 21 ago. 2009). Cf. DANTAS. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*.

[36] Cf. MENDES. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos; CLÈVE. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*.

inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* no plano normativo, mas não desconstitui necessariamente os atos praticados, as situações jurídicas de vantagem consolidadas sob a sua égide. Essas situações precisariam sofrer um processo de desconstituição observado o devido processo legal.

As Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 admitiram a manipulação dos efeitos da decisão no plano do processo abstrato. Ressalta-se: a decisão é declaratória no que diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade, sendo constitutiva no plano da definição dos efeitos. Portanto, por economia processual, com a aprovação de dois terços dos seus membros, pode o Supremo Tribunal Federal manejar os efeitos da decisão para (i) declarar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*; (ii) ou com eficácia retro-operante até determinado momento — não até o início da produção de efeitos pela lei ou a data da promulgação.[37] Pode, inclusive, se for o caso, (iii) declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, dando prazo para que o Legislador aprove nova lei (apelo ao Legislador), isso tudo para evitar eventual situação de lacuna jurídica que poderia ser mais grave.

É preciso lembrar, ainda, outra importante manifestação de verticalização do controle de constitucionalidade na jurisdição nacional que está presente na súmula vinculante introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.[38]

Sempre estive entre aqueles que são contrários à súmula vinculante. É preciso, todavia, concordar que o regime da súmula definido pelo Constituinte é satisfatório. Note-se que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia vinculante, assim como a declaração de constitucionalidade, exige maioria absoluta e a súmula vinculante reclama, após reiteradas decisões, manifestação de dois terços dos membros da Corte. Além disso, afasta-se o perigo de congelamento das interpretações com a possibilidade dos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade, além de outros legitimados previstos em lei,[39] postularem a mudança da súmula, seu cancelamento ou um novo posicionamento do Supremo Tribunal a respeito da matéria. Com isso, tem-se a possibilidade de fechamento do sistema em proveito da segurança jurídica e, ao mesmo tempo, a plasticidade afastando o risco de calcificação.

---

[37] Art. 27 da Lei nº 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Em relação à ADI por omissão, prevê a mesma lei que: "Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. [...] §2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei", ou seja, existe a possibilidade de aplicação do art. 27. No caso da ADPF, consta na Lei nº 9.882/1999 o seguinte: "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

[38] Art. 103-A da CF: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

[39] Veja-se o disposto no art. 103-A, §2º da CF: "§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade", que, por sua vez estão previstos no art. 2º da Lei nº 9.868/1999.

Portanto, atualmente, novas técnicas de decisão, algumas previstas em lei, fazem parte do repertório do Supremo Tribunal Federal. Cumpre lembrar (i) a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, (ii) a interpretação conforme, (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, (iv) a declaração de inconstitucionalidade com efeitos retrospectivos parciais e (v) a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*.

7.5 Tributação e jurisdição constitucional

O manejo dos efeitos da decisão em matéria tributária com inspiração na experiência de outros países exige alguma dose de cautela. Com efeito, na jurisprudência dos Estados Unidos e da Espanha, mesmo nas hipóteses de inconstitucionalidade, salvo circunstâncias excepcionais, não há a possibilidade da repetição do indébito. É que aqueles que pagaram os tributos receberam, de algum modo, benefícios na qualidade de cidadãos. Ou seja, o erro do Legislador substancia um ônus que deve ser suportado pelo cidadão. O entendimento tem algum sentido nos Estados Unidos e na Espanha, porque a inconstitucionalidade de lei tributária, nesses países, não é um fenômeno frequente.

Tudo se passa de maneira diferente aqui. Entre nós há uma sucessão de leis tributárias inconstitucionais. A sociedade brasileira, que experimentou todo tipo de vicissitudes, convive ainda com uma Administração pouco transparente, que age algumas vezes com má fé. A Administração testa o contribuinte com a introdução de leis inconstitucionais. Nesse caso, o Estado sabe que a lei é inconstitucional e continua a arrecadar o tributo porque o número dos que vão ao Judiciário nem sempre é relevante, de modo que o risco da censura judicial é um risco que pode valer a pena.

Portanto, no Brasil, a aceitação da tese da eficácia *ex nunc* da declaração da inconstitucionalidade de lei tributária pode significar o incentivo à continuidade da recorrente prática do Estado,[40] o que não é aceitável.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATALIBA, Geraldo. *Hipóteses de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

[40] Sobre o tema, conferir: FISCHER. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, n. 19, p. 279-307, abr./jun. 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano*. Tese (Doutorado em Direito)–Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O discurso científico da modernidade*: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência*, v. 4, p. 23-44, mar. 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 27, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights*: why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & company, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1998.

PÁGINA EM BRANCO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA PETROLÍFERA E LEI Nº 9.478/1997[1]

8.1 O regime constitucional do petróleo

A finalidade precípua da ordem econômica está definida com meridiana clareza no art. 170 da Constituição Federal. *In verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*, observados os seguintes princípios: I - *soberania nacional*; [...] VII - *redução das desigualdades regionais e sociais*; VIII - busca do *pleno emprego*; [...] (grifos nossos)

Certas atividades econômicas (é o caso daquelas ligadas ao petróleo) foram resguardadas pelo Constituinte devido à inegável relevância para a segurança nacional e o interesse coletivo. Outras que não gozam do consenso inequívoco sobre serem imprescindíveis em tais aspectos deixaram de constar expressamente do texto constitucional: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Não obstante o cuidado do Constituinte em definir os recursos naturais da plataforma continental, da zona econômica exclusiva[2] e os recursos minerais do solo e subsolo[3] como sendo bens da União, o petróleo foi objeto de um regime constitucional peculiar que culmina com o monopólio da União sobre as atividades econômicas correspondentes e seus derivados básicos. Assim, dispõe a Constituição Federal:

> Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes

---

[1] Texto escrito com a colaboração da Advogada Alessandra Ferreira Martins (*in memoriam*) e publicado na *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 18, ano 4, p. 43-50, out./dez. 2004.

[2] Art. 20, inciso V da Constituição Federal.

[3] Art. 20, inciso IX da Constituição Federal.

> das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. §1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. §2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

O petróleo, enquanto fonte de energia de origem mineral das mais importantes, tem ligação direta com o desenvolvimento econômico, sendo sua exploração, portanto, englobada nos objetivos fundamentais do país. "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional" e "Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

A atividade petrolífera tem relevância para o interesse coletivo, em particular para o desenvolvimento das potencialidades nacionais, além de garantir a necessária soberania do país. Diante disso, esse escasso combustível fóssil integra o patrimônio nacional.

8.2 A garantia do monopólio da União sobre o petróleo

O monopólio estatal sobre o petróleo, ainda hoje previsto na Constituição vigente, emergiu com a criação da Petrobrás, através da Lei nº 2.004, de 05 de outubro de 1953. Na Constituição Federal de 1967, a matéria passou a residir em disposição dotada de hierarquia máxima do ordenamento jurídico. Com a Constituição Federal de 1988, à disciplina básica, em geral decorrente das disposições preliminares da Lei nº 2.004/1953, foi acrescentado importante dispositivo referente à exportação dos produtos e derivados resultantes de atividades de pesquisa, lavra e refinação de petróleo (primitivo art. 177, inciso III da Constituição Federal).

O monopólio implica a exclusividade na titularidade de certo produto ou serviço, implicando propriedade de um só. Diante disso, a Constituição Federal de 1988, ao atribuir o monopólio das atividades econômicas relativas ao petróleo à União, conferiu, simultaneamente, a correspondente titularidade do recurso mineral e sua comercialização.[4]

O tema, de evidente interesse nacional, sofreu alteração em 1995 com a edição da Emenda Constitucional nº 9. Na ocasião, a resistência de importantes parcelas da sociedade à quebra do monopólio petrolífero levou os legisladores a mantê-lo, deixando em aberto, entretanto, na redação da referida Emenda Constitucional,[5] a possibilidade de lei posterior tratar do tema.

---

[4] Eis a redação original do §1º do artigo 177 da Constituição Federal de 1988: "Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] §1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, §1º".

[5] A Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995, conferiu a seguinte redação ao artigo 177 da Constituição Federal: "§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. §2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".

A Lei nº 9.478/1997 regulamentou a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, para o que instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Se com a Emenda Constitucional nº 9/1995 não houve quebra do monopólio do setor petrolífero, nem se cogita que uma lei ordinária possa fazê-lo. Ainda que por hipótese a Emenda Constitucional tivesse legitimamente modificado o regime de monopólio, tal se daria tão somente quanto às atividades da Petrobras, e não quanto à titularidade da União (que engloba, necessariamente, a propriedade sobre o recurso mineral em exploração).

A dicção atual do art. 177, §1º, da Constituição Federal, que permite a contratação de empresas para a realização das atividades que menciona, não constitui ponto isolado da normação constitucional acerca do tema. A modificação introduzida deve ser compreendida de acordo com o *caput*, sem o que não se extrai o sentido exato do texto. Uma interpretação constitucional que harmonize a regra do *caput* e do §1º do art. 177 da Constituição Federal conduz, necessariamente, ao conceito de titularidade da União sobre o petróleo resultante da atividade desenvolvida por empresa estatal ou não.[6]

8.3 A interpretação do regime constitucional de monopólio estatal do petróleo

O regime constitucional de monopólio da União é condizente com a absoluta necessidade do petróleo e a grave característica dessa fonte energética de ser finita e escassa. Diante disso, tratou o Constituinte de resguardar o desenvolvimento nacional, disciplinando adequadamente a exploração desse recurso que deve atender, de modo prioritário, supõe-se, à demanda do mercado interno.

Sabe-se que o petróleo é um produto estratégico para a soberania nacional em face do contexto internacional beligerante que o cerca. Disso resulta que o preço do barril de petróleo não é determinado pelos custos de produção, mas antes pelos cenários políticos e pela oferta e procura inversamente proporcionais (crescente demanda de produto e declínio da oferta).

Para o desenvolvimento nacional importa saber que a alta dos preços do petróleo repercute na alta do custo de seus derivados, nem sempre acessíveis à população mais carente. A ligação entre desenvolvimento nacional e monopólio do petróleo está estabelecida, de modo que se torna inegável a necessidade de garantir uma exploração racional do recurso mineral para adequar os custos de sua produção à realidade pátria.

Eis a alma da proteção constitucional do monopólio petrolífero: resguardar o futuro do país de indiscriminada redução das reservas nacionais, que podem levar à dependência externa, em desrespeito à ideia constitucional de soberania.

Diante do regime constitucional do monopólio petrolífero, transparece o desacerto da política definida em certos dispositivos da Lei nº 9.478/1997.

---

[6] O presente entendimento é reforçado pela redação disposta na Lei nº 9.478/1997: "Art. 4º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades: I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural. Art. 5º As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País".

8.4 A Lei nº 9.478/1997

No regime constitucional que reconhece a imprescindibilidade do petróleo e o eleva à categoria de monopólio estatal, está disposta a diretriz expressa para o legislador ordinário garantir o fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional (art. 177, §2º, inciso I da Constituição Federal). Ora, a Lei nº 9.478/1997 definiu que:

> Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, ***conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos***, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes. §1º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção. §2º A ANP emitirá seu parecer sobre planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias). §3º *Decorrido o prazo* estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, *os planos e projetos* ***considerar-se-ão automaticamente aprovados***. [...]
> Art. 28. As concessões extinguir-se-ão: I - ***pelo vencimento do prazo contratual***; II - pelo acordo entre as partes; III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato; IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato; V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justifiquem investimentos em desenvolvimento. §1º A devolução de áreas, assim como a reversão de bens, não implicará ônus para a União ou para a ANP, nem conferirá ao concessionário qualquer direito de indenização pelos serviços, poços, imóveis e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração da ANP, na forma prevista no inciso VI do art. 43. §2º Em qualquer caso da extinção da concessão, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objetos de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes. [...]
> Art. 37. *O edital da licitação* será acompanhado da minuta básica do respectivo contrato e *indicará, obrigatoriamente*: I - o bloco objeto da concessão, ***o prazo estimado para a duração da fase de exploração***, os investimentos e programas exploratórios mínimos; [...] Parágrafo único. O prazo de duração da fase de exploração, referido no inc. I deste artigo, será estimado pela ANP, em função do nível de informações disponíveis, das características e da localização de cada bloco. [...]
> Art. 43. *O contrato de concessão* deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e *terá como cláusulas essenciais*: I - a definição do bloco objeto da concessão; II - ***o prazo de duração da fase de exploração e as condições para a sua prorrogação***. [...] Parágrafo único. *As condições* contratuais *para prorrogação* do prazo de exploração, referidas no inciso II deste artigo, serão estabelecidas ***de modo a assegurar a devolução de um percentual do bloco***, a critério da ANP, ***e o aumento do valor do pagamento pela ocupação da área***, conforme disposto no parágrafo único do art. 51. [...]
> Art. 51. O edital e o contrato disporão sobre o pagamento pela ocupação ou retenção da área, a ser feito anualmente, fixado por quilômetro quadrado ou fração de superfície do bloco, na forma da regulamentação por decreto do Presidente da República. Parágrafo único. *O valor do pagamento* pela ocupação ou retenção de área *será aumentado* em percentual a ser fixado pela ANP, ***sempre que houver prorrogação do prazo de exploração***. [...]
> Art. 60. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber ***autorização da ANP para*** exercer a atividade de importação e ***exportação*** de petróleo e seus derivados, de gás natural e condensado. Parágrafo único. O exercício da atividade referida no *caput* deste artigo observará as diretrizes do CNPE, em particular as relacionadas com o cumprimento das disposições do art. 4º, da Lei nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, e obedecerá às demais normas legais e regulamentares pertinentes. (grifos nossos)

Todos os dispositivos realçados em negrito ou itálico (em especial §3º do art. 26; inc. I do art. 28; inc. I do art. 37; inc. II e parágrafo único do art. 43; e parágrafo único do art. 51) têm a inegável característica de tratar o petróleo como bem perecível, como se houvesse a necessidade de aproveitamento rápido e eficiente das suas reservas. Isso porque, de forma generalizada, estimulam as concessionárias a atender apenas prazos e não a demanda interna do produto, como faria uma empresa atenta às políticas de longo prazo para resguardo da soberania e desenvolvimento nacionais.

O §3º do artigo 26 da Lei nº 9.478/1997, ao afastar a necessidade de pronunciamento expresso da ANP sobre planos e projetos da concessionária da atividade petrolífera, contraria os princípios constitucionais da soberania (artigos 1º, inciso I e 170, inciso I da Constituição Federal) e da garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II da Constituição Federal), por transformar o regime constitucional do petróleo.

O inciso I do art. 28 da Lei nº 9.478/1997 remete o concessionário à exploração da atividade com maior proveito possível dentro do prazo contratual, independentemente da garantia de suprimento do mercado interno a médio e longo prazos. Se nesse período a produção for superior à demanda interna, não lhe restará alternativa para o incremento dos lucros senão exportar o petróleo. Assim, contraria a necessidade de reserva para autossuficiência nacional durante crises externas que fatalmente elevam o custo de vida da população.

É o mesmo caso dos artigos 37, inciso I, e 43, inciso II e parágrafo único, da Lei nº 9.478/1997. Tais dispositivos são indiferentes à essencialidade e escassez do bem exigente de tratamento especial na Constituição Federal. O art. 51, parágrafo único tem ínsita a direção de rápido aproveitamento das reservas, já que uma possível prorrogação de contrato elevaria os ônus da atividade do concessionário de forma por ele indesejável.

Lê-se com desconforto, por outro lado, a expressão "conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos", constante do *caput* artigo 26 da Lei nº 9.478/1997. Ora, a propriedade não pode ser transferida a título de remuneração, eis que, nos termos da Constituição, ela é da União.

8.5 Conclusão

O destino do petróleo nacional deve independer do juízo de conveniência de órgãos da Administração Pública, pois está submetido ao regime constitucional especial de monopólio da União, que, através do órgão competente, sobre ele deve decidir segundo critérios previamente estabelecidos na Constituição Federal: soberania (art. 170), desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), proteção do mercado interno e bem-estar da população (art. 219).

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal através de Ação Direta de Inconstitucionalidade. O STF julgou improcedentes, por maioria, em 2005, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 3.273/DF e 3.366/DF. Assim, entendeu a Corte não haver qualquer inconstitucionalidade nos artigos suscitados da Lei nº 9.478/1997,[7]

[7] "EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20 DA CF/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I A IV E §§1º E 2º, DA CF/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CF/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, §1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, §3º, DA LEI Nº 9.478/97. MATÉRIA DE LEI

distinguindo entre atividade econômica e propriedade do petróleo, desconsiderando ofensa a exploração do referido hidrocarboneto, permitindo que o resultado de sua lavra possa ser atribuída pela União a terceiros, não constituindo a referida ação ofensa à reserva de monopólio.

Ainda que o tratamento legislativo, segundo a ótica da Colenda Corte, não desafie decisão de inconstitucionalidade, não se pode deixar de reconhecer o inadequado tratamento conferido pelo legislador à exploração do petróleo. O pano de fundo é o compromisso com o futuro do nosso país, com o que conflita a "penhora" do patrimônio público petrolífero que vem ocorrendo nos leilões de jazidas levados a cabo em atendimento às políticas ditadas pela "Lei do Petróleo" (Lei nº 9.478/1997).

FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI Nº 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88]. 1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões 'monopólio da propriedade' ou 'monopólio do bem'. 2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento — a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. 3. A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União [art. 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20]. 4. A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção. 5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos — distintos regimes — aplicáveis a cada um deles. 6. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CF/88]. 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CF/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no §1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC nº 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12. Os preceitos veiculados pelos §§1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o §1º não podem ser chamadas de 'concessionárias'. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. 13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo – ANP. 14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§1º, II, do art. 173 da CF/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CF/88], as contratações previstas no §1º do art. 177 da Constituição do Brasil. 15. O art. 26, §3º, da Lei nº 9.478/97, dá regulação ao chamado silêncio da Administração. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição. 16. Os preceitos dos arts. 28, I e III, 43, parágrafo único, e 51, parágrafo único, da Lei nº 9.478/98 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo §2º do art. 177 da CF. 17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. 18. Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, *caput*, da Lei nº 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei nº 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE [art. 84, II, da CF/88]. 19. Ação direta julgada improcedente".

O monopólio do petróleo, constitucionalmente tutelado e de titularidade da União, tem uma razão de ser muito clara ligada à essencialidade e à finitude deste bem. Cada vez mais a complexa relação estabelecida globalmente sobre sua exploração e comercialização é agravada por intervenções bélicas, o que põe em xeque a soberania dos países menos preparados e o desenvolvimento econômico daqueles mais dependentes de sua importação.[8]

[8] A exploração do petróleo em áreas consideradas pertencentes ao pré-sal possui regime diferenciado. De acordo com a Lei nº 12.351/2010, segue os seguintes moldes: "Art. 3º A exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o regime de partilha de produção, na forma desta Lei. Art. 4º A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurado, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20. Art. 5º A União não assumirá os riscos das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção. Art. 6º Os custos e os investimentos necessários à execução do contrato de partilha de produção serão integralmente suportados pelo contratado, cabendo-lhe, no caso de descoberta comercial, a sua restituição nos termos do inciso II do art. 2º. Parágrafo único. A União, por intermédio de fundo específico criado por lei, poderá participar dos investimentos nas atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção na área do pré-sal e em áreas estratégicas, caso em que assumirá os riscos correspondentes à sua participação, nos termos do respectivo contrato. Art. 7º Previamente à contratação sob o regime de partilha de produção, o Ministério de Minas e Energia, diretamente ou por meio da ANP, poderá promover a avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas. Parágrafo único. A Petrobras poderá ser contratada diretamente para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação prevista no *caput*. Art. 8º A União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção: I - diretamente com a Petrobras, dispensada a licitação; ou II - mediante licitação na modalidade leilão. §1º A gestão dos contratos previstos no *caput* caberá à empresa pública a ser criada com este propósito. §2º A empresa pública de que trata o §1º deste artigo não assumirá os riscos e não responderá pelos custos e investimentos referentes às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção".

PÁGINA EM BRANCO

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO[1]

9.1 Introdução

Nos últimos anos, não têm sido raras as demonstrações de preocupação com os temas do desenvolvimento e da regulação.

Aliás, nos dias que correm, discurso frequente entre os economistas caminha no sentido de justificar a intervenção estatal nas atividades econômicas para conciliar as exigências do mercado com a segurança jurídica e a proteção dos direitos dos cidadãos. Isso considerado, mostra-se útil tecer algumas considerações a propósito da interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro.

9.2 Reforma do Estado brasileiro e ênfase na intervenção estatal indireta

Na década de 90[2] ocorreu no Brasil, tal como em outros países, uma redefinição do modelo de intervenção estatal, com o aprofundamento dos mecanismos de intervenção

---

[1] Este texto, escrito com a Advogada Ms. Melina Breckenfeld Reck, foi publicado na *Revista do IBRAC*, v. 16, p. 101-120, 2009.

[2] A propósito, Luís Roberto Barroso assevera: "Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exauria. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária. A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconstrução, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel" (BARROSO. Introdução. *In*: MOREIRA NETO. *Direito regulatório*, p. 22).

indireta, tendo sido apresentados — com as emendas constitucionais promulgadas — argumentos[3] relativos (i) à incapacidade financeira do Estado (esgotamento do padrão de financiamento do setor público) para intervir *diretamente* no domínio econômico e (ii) à necessidade de robustecimento de suas atividades reguladora, fiscalizadora e fomentadora, implicando diminuição de importância do Estado prestador e produtor (agente econômico).

É evidente que isso tudo não afasta o necessário papel do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tendo tal redefinição ensejado mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu desaparecimento.

Com efeito, ainda que tenha sido mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, o Estado não só pode como deve exercitar a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento. Inclusive, porque a Carta de 1988 rejeita a indiferença estatal, sendo certo que o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e dos desafios impostos pela soberania nacional. Afinal, a compressão da intervenção estatal direta no domínio econômico não implica a adoção do modelo do Estado *Gendarme*, significando antes mudança na prioridade, envolvendo passagem do Estado empresário para o regulador.

A propósito, ponderam Vital Moreira e Maria Manuel Leitão Marques:

> O regresso, nas duas últimas décadas, ao paradigma da economia de mercado, depois de uma longa fase de forte regulação e intervenção estadual directa na economia, significa desde logo a revalorização da economia privada, da concorrência e do mercado. As palavras-chave são privatização, liberalização, desregulação. Mas seria errôneo pensar que a privatização e liberalização do sector público se traduz necessariamente num processo de desregulação e devolução pura e simples para as leis do mercado. Longe disso. A desintervenção econômica do Estado não quer significar o regresso ao "laissez-faire" e ao antigo capitalismo liberal. Pelo contrário: o abandono da actividade empresarial do Estado e o fim dos exclusivos públicos provocou em geral um reforço da actividade regulatória do Estado.[4]

Marçal Justen Filho, por seu turno, assevera:

> No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal na promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos.[5]

---

[3] Desde logo, cumpre ressaltar que a apreciação quanto à procedência ou não desses argumentos e quanto às discussões teóricas existentes nessa seara não será realizada no presente ensaio, eis que ultrapassa o seu objeto.

[4] MOREIRA; MARQUES. *A mão visível*: mercado e regulação, p. 13.

[5] JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 21.

Nessa seara, não se olvide a confluência dos arts. 170, 173, 174 e 175[6] da Constituição Federal no que concerne à atuação estatal sobre e no domínio econômico, bem como o equilíbrio compromissório[7] que a Carta Magna estabelece na tutela das atividades econômicas *lato sensu* (serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu).*

Aliás, nesse particular, o escopo primordial da regulação estatal (intervenção indireta nas atividades econômicas *lato sensu*) e, inclusive, da criação das agências reguladoras em razão, reside no compromisso de não somente conciliar a lógica privada do lucro com a adequada prestação de serviços públicos e com os princípios que integram a ordem econômica constitucional, mas também de erigir mecanismos que propiciem a universalização de tais serviços (evitando-se que a oferta fique concentrada nos segmentos mais atrativos da demanda).

9.2.1 Setores estratégicos de infraestrutura, transferência da prestação de atividades econômicas para a iniciativa privada e a criação das agências reguladoras

Não se pode ignorar que, no Brasil, a disciplina jurídica dos setores de infraestrutura é fruto da experiência histórica da sociedade brasileira. Nesse sentido, a matéria sempre oscilou entre a participação da iniciativa privada e a forte presença do poder público na construção e operação desses setores.

Cuidando de domínios estratégicos ao desenvolvimento e soberania nacionais, o Constituinte pretendeu oferecer, erigindo tais atividades, em regra, à condição de serviço público, uma regulação apropriada, específica, intensa e apartada da liberdade inerente às relações econômicas privadas.

Não bastasse isso, sabe-se que é imperioso ao Estado brasileiro solucionar os chamados gargalos de infraestrutura em áreas estratégicas (ferrovias, rodovias, energia elétrica, saneamento, portos etc.). Deveras, diante do quadro e das vicissitudes sociais e econômicas brasileiras, a intervenção regulatória (indireta) do Estado no domínio econômico deve promover o equilíbrio entre os interesses privados e públicos.

De outra parte, as especificidades de determinados segmentos econômicos estratégicos implicam o caráter inevitável da intervenção estatal setorial. Isso sucede porque, diante de tipicidades de monopólio naturais e legais, não se prescinde da intervenção estatal mediante a aplicação dos mecanismos previstos no capítulo da ordem econômica constitucional (art. 170 e seguintes), almejando à consecução do desenvolvimento dessas infraestruturas.

---

[6] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; [...] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] §4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; [...] Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativa para o setor privado; [...] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

[7] CLÈVE. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 225.

Como se vê, a relevância de tais setores, seja em termos de desenvolvimento, seja em termos de soberania do Estado brasileiro, impõe que as atividades econômicas neles desenvolvidas sujeitem-se à presença do Estado, cuja atuação variará não só conforme as vicissitudes políticas, econômicas e sociais de determinado momento histórico, mas também, notadamente, conforme o tratamento que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico.

Pois bem, na redefinição do modelo interventivo do Estado brasileiro e diante da escassez dos recursos públicos, operou-se (i) a delegação da prestação de ampla gama de serviços públicos para a iniciativa privada, conservando-se, porém, a titularidade estatal; (ii) a transformação de alguns serviços públicos em atividades econômicas *stricto sensu*, mediante, por exemplo, a desagregação vertical de setores organizados em monopólio natural *(unbundling)*[8] por meio da qual são dissociadas, em um determinado setor, as atividades potencialmente competitivas das não competitivas e a (iii) a criação das agências reguladoras.

Como registra Luís Roberto Barroso, a privatização "trouxe drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras".[9]

Não obstante a origem das agências reguladoras no Brasil estar muito vinculada ao fato de que a execução dos serviços públicos foi transferida à iniciativa privada, tais autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público, não têm sua atuação restringida aos serviços públicos, sendo também relevantes no âmbito das atividades econômicas *stricto sensu*, consoante, aliás, prevê o art. 174 da Constituição da República.

O regime especial autárquico conferido às agências reguladoras brasileiras, com, de um lado, estabilidade e mandato assegurados aos seus dirigentes e, de outro, a previsão de um regime de incompatibilidades e da quarentena, visa impedir ingerências indevidas do Poder Executivo, injunções político-partidárias e, também, *lobbies* dos grandes grupos empresariais, bem como preservar a natureza técnica das funções executivo-administrativas, normativas e decisórias desempenhadas pelas agências reguladoras.

9.2.2 Escopos da atividade regulatória

Como se sabe, na seara jurídica, a linguagem deve ser manejada com cuidado, mormente quando o intento é tratar de um conceito ou instituto jurídico. No que se refere ao significante *regulação*, a cautela deve ser redobrada, diante de seu aproveitamento de forma generalizada por profissionais de outras áreas (economia, administração, jornalismo etc.), pelos cidadãos e pelos agentes políticos. Por ser termo amplamente conhecido, não carrega sentido unívoco, manifestando-se antes uma ampla gama de significados, sendo necessário, no presente estudo, estabelecer um acordo semântico.

Nesta altura, cumpre ressaltar que, por força do contido no art. 174 da Constituição Federal, não se pode compreender a regulação como mera atividade de caráter

[8] A propósito, conferir: ARAGÃO. *Direito dos serviços públicos*, p. 435 *et seq*.

[9] BARROSO. Introdução. *In*: MOREIRA NETO. *Direito regulatório*, p. 31.

normativo.[10] A regulação aponta para um fenômeno recente, contemporâneo da criação das chamadas autoridades independentes (no Brasil, agências reguladoras) e da implantação de um novo modelo de Estado que implicou a emergência de processos de privatização e de liberalização da economia.

O Estado Regulador autoriza um modelo de intervenção estatal na economia mediante a redução da atuação empresarial do Estado. Ressalve-se, no entanto, que não se trata de modelo estatal padronizado, variando em largueza e intensidade conforme as vicissitudes históricas, culturais, econômicas e sociais. Afinal, segundo Marçal Justen Filho,

> [...] fala-se muito mais de um "modelo regulador" de Estado para indicar uma situação variável, que se concretiza de diversos modos. A propósito do Estado, poderiam ser aplicadas as palavras de Eros Grau, no sentido de que "A cada sociedade corresponde *um direito,* integrado por determinadas regras e determinados princípios". Não obstante podemos, no plano abstrato, falar de certos *modelos de direito*.[11]

Ensina Calixto Salomão Filho[12] que a regulação não se limita aos serviços públicos, englobando "toda a forma de *organização da atividade econômica* através do Estado, seja a *intervenção* através da *concessão* de serviço público ou o exercício do *poder de polícia*", vez que "no campo econômico, a utilização do conceito de *regulação é* a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica".

Em suma, no presente texto, a expressão Estado Regulador é manejada para indicar a modificação não dos fins, mas dos meios através dos quais o Poder Público intervém nas atividades econômicas.[13] Dito de outro modo, "a regulação incorpora a

---

[10] A propósito, Floriano Azevedo Marques Neto assevera: "Cumpre separar a atividade regulatória da atividade regulamentar. O baralhamento entre os dois conceitos leva alguns doutrinadores a reduzir a atividade de regulação estatal ao seu caráter meramente normativo. Esta mesma confusão está também na base de posições doutrinárias que procuram identificar o processo de reforma regulatória (e o crescimento dos mecanismos de nova regulação estatal) com processos de desregulamentação ou de desregulação. A atividade de regulação estatal envolve — dentro das balizas acima divisadas — funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos adiante mais amiúde, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. Sem essa completude de funções não estaremos diante do exercício de função regulatória. Porém, não fosse essa plêiade de atividades intrínseca à função de regulação, a sua distinção da atividade meramente normativa e regulamentar, entre nós, já estaria patente do próprio texto constitucional. Com efeito, o artigo 174 da CF imputa ao Estado o papel de 'agente normativo e regulador da atividade econômica' (a qual, nos parece, é aqui utilizada no sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas em sentido estrito como aquelas consideradas serviços públicos). Ora, se o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, regular não é sinônimo de regulamentar" (MARQUES NETO. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico, p. 37-38).

[11] JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 24-25.

[12] SALOMÃO FILHO. *Regulação da atividade econômica:* princípios e fundamentos jurídicos, p. 1.

[13] Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão ressalta não ter havido "uma mudança nos objetivos — a maioria deles de sede constitucional — destas atividades, mas sim nos meios delas os alcançarem: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores insujeitos à regulação estatal em uma série de importantes aspectos de suas atividades" (ARAGÃO. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 63).

concepção da *subsidiariedade*. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais".[14]

Pois bem, a respeito desse desenho regulatório, podem ser elencados alguns escopos: (i) liberalização de atividades antes monopolizadas pelo Estado para viabilizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado; (ii) predomínio da competência regulatória: permanece o Estado presente no domínio econômico, não como agente econômico, mas sim valendo-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para induzir os particulares à realização dos fins necessários à satisfação dos interesses públicos; (iii) a atuação regulatória admite a intervenção voltada à realização de certos valores políticos e sociais, sendo que a relevância dos interesses coletivos envolvidos (serviços públicos, por exemplo) impede a prevalência da pura e simples busca do lucro; (iv) instituição de mecanismos de disciplina permanente e dinâmica em relação à atividade econômica privada; (v) intervenção para criar condições de concorrência, inclusive, quando possível, no âmbito dos serviços públicos, vez que esta, quando devidamente monitorada pelo Estado, substancia importante instrumento para atingir a justiça social, plasmada constitucionalmente para a realização dos direitos fundamentais, não representando um fim em si mesmo.

Tais escopos vinculam-se às razões que autorizaram a emergência desse modelo de intervenção estatal: (i) deficiência do Estado-Providência na atuação econômica direta (como promotor, gestor e planejador) decorrente do *déficit* de informação relevante para a direção da economia; (ii) o reconhecimento de que a mão invisível de Adam Smith não dispensa a necessidade da ação estatal para garantir a concorrência entre os agentes, notadamente em razão de existência das chamadas *falhas de mercado* (externalidades negativas, assimetrias de informação, monopólios naturais etc.); (iii) a necessidade de proteção aos consumidores, identificados como o lado hipossuficiente nas relações econômicas mantidas com produtores e distribuidores; (iv) necessidade de assegurar as obrigações de serviço público.

Como se vê, é inafastável a necessidade de o Estado intervir por meio da atividade regulatória nas atividades econômicas.

9.3 Relação entre regulação estatal setorial e antitruste

No presente texto a opção pela utilização da expressão antitruste, no lugar de concorrência, decorre do fato de que a última não constitui um fim em si mesma encontrando-se atrelada aos demais princípios e fins plasmados na ordem econômica constitucional.[15] Perfilha-se, portanto, o entendimento adotado por Paula Forgioni quando assevera que o antitruste é "técnica de que lança mão o Estado contemporâneo

[14] JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 21.

[15] "O direito da concorrência no Brasil — seja no aspecto de seu texto normativo, seja no de sua efetiva aplicação — é determinado pelos princípios jurídicos conformadores da ordem econômica constitucional. Observe-se, assim, que a ordem econômica constitucional não é estabelecida apenas pelas regras dispostas no Título VII da Constituição, pois diversas disposições tratadas em outros títulos referem-se a essa ordem. Essas regras em conjunto é que devem ser interpretadas e aplicadas como um todo para a concreção das normas constitucionais. [...] Ressalvando-se que as questões concretas podem suscitar a consideração de outros princípios no momento da aplicação da lei antitruste, pode-se enumerar os mais relevantes à matéria, dentro do enfoque deste trabalho: livre-iniciativa, livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico; e bem-estar do consumidor" (NUSDEO. *Defesa da concorrência e globalização econômica*: o controle da concentração de empresas, p. 232-234).

para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência",[16] afinal "o antitruste já não pode ser visto apenas como um arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis, criados pelo próprio mercado, mas, ao contrário, deve ser encarado como um instrumento de implementação de políticas públicas".[17]

No bojo da reforma do Estado brasileiro, uma das medidas adotadas foi o fim de monopólios públicos e a abertura de campo para a iniciativa privada, sob o argumento de que a concorrência configuraria um mecanismo eficiente[18] na obtenção de satisfatório desenvolvimento econômico, proporcionando ganhos de qualidade significativos e menores preços com possibilidade de escolha para o consumidor.

Entretanto, não se pode aceitar que o fim de monopólios públicos enseje a criação de monopólios privados, tampouco a possibilidade de exercício abusivo de poder econômico. Logo, nesse novo modelo, não se supõe que a concorrência seja suficiente para dispensar a atuação regulatória do Estado. Ao revés, resulta evidente, no processo, a estreita e necessária relação, inclusive com certa dependência, entre a regulação setorial e a antitruste.

A propósito, enfatizam Gaspar Arino Ortiz e Lucía Lopez de Castro García-Morato:

> A abertura à concorrência não consistiu unicamente em um processo "liberalizador" (eliminação de barreiras de entrada ao exercício da atividade). Pelo contrário, nestes setores, a privatização e a liberalização foram acompanhadas de um novo modelo de regulação para a concorrência, pois dadas as características de monopólio natural, presente em alguma fase de sua atividade, e as tendências colusivas de muitos desses setores, a privatização e a teórica liberalização poderiam posteriormente desembocar em um monopólio privado, tão ineficiente ou mais que o serviço público monopolizado de titularidade estatal.[19]

Vital Moreira e Maria Leitão Marques, por seu turno, registram que

> [...] ao contrário da economia baseada na intervenção econômica do Estado e nos serviços públicos directamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e na concorrência, depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante.[20]

Nesse aspecto, Tercio Sampaio Ferraz Junior,[21] após ponderar que a livre-iniciativa nem sempre significa livre concorrência (e vice-versa), considera necessária a presença do

> [...] Estado regulador e fiscalizador, capaz de regular o livre mercado para fomentar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico,

---

16 FORGIONI. *Os fundamentos do antitruste*, p. 23-24.

17 FORGIONI. *Os fundamentos do antitruste*, p. 24.

18 Conferir sobre o assunto: SUNDFELD. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 35.

19 ORTIZ; GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*: fusiones y adquisiciones: control de empresas y poder político, p. 5-6.

20 MOREIRA; MARQUES. *A mão visível*: mercado e regulação, p. 15.

21 FERRAZ JUNIOR. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 216.

> do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, assim, que a competitividade, num mercado livre que a desvirtua, se tome instrumento de restrição estratégica à livre-iniciativa dos concorrentes.

Não se tergiversa, portanto, a respeito do necessário vínculo entre a regulação estatal e o antitruste, mesmo porque o Estado não pode ausentar-se, devendo antes intervir nas atividades econômicas visando, dentre outros objetivos, propiciar um regime concorrencial possível.[22]

Deveras, a introdução da concorrência em setores de infraestrutura antes monopolizados, embora substancie um dos cernes da reforma realizada no Estado brasileiro, não tem o condão de afastar a ação estatal intensiva, mesmo porque a mera existência de concorrência não implica um ambiente econômico completamente livre de restrições estatais. Em suma, ainda que algumas regras sejam eliminadas, outras são adotadas inclusive com o intuito de promover a reestruturação setorial.

Nesse aspecto, Diogo Rosenthal Coutinho,[23] ao ponderar que as regras de universalização inerentes aos serviços públicos necessitam de um mecanismo regulatório próprio e independente da lógica da concorrência, salienta:

> O estímulo à concorrência, ainda que bem-sucedido, não é suficiente para garantir a universalização. É mais fácil imaginar que um regime concorrencial leve à rivalidade de firmas na utilização da infraestrutura já *construída* do que a uma rivalidade na *expansão* da rede (exceto se a expansão se justificar em razão de interesse comercial concreto na área a ser alcançada). Da mesma forma, não se verifica que a rivalidade incipiente entre firmas brasileiras prestadoras de serviço público chegue a um grau de acirramento tal que a oferta de serviços mais baratos para as classes pobres desponte como um elemento diferenciador para o consumidor consciente. Em outras palavras, a concorrência, altamente benéfica para o consumidor já incluído do mercado, não é capaz de, por si só, incluir cidadãos alijados do acesso às redes, nem tampouco atingiu um grau de sofisticação tal que a diferenciação de produtos se dê por meio da avaliação do nível de comprometimento social da empresa prestadora do serviço. Fato é que a concorrência e a universalização seguem lógicas muito distintas, que não podem ser substituídas e, em algumas situações, se contrapõem. Empresas privadas não investem em universalização a não ser (a) quando esta apresenta perspectivas concretas — e excepcionais de rentabilidade futura que justifique inversões ou (b) quando são *obrigadas a isso* pelas regras de regulação que tenham, entre seus escopos, objetivos redistributivos.[24]

De outro lado, convém remarcar que a atuação regulatória do Estado não se restringe às atividades econômicas que substanciam serviços públicos, inclusive a própria criação de agências reguladoras voltadas às atividades econômicas *stricto sensu*

---

[22] Marie-Anne Frison-Roche ressalta que "quando a liberalização dos setores coincide com a criação de regulações, esta é a conseqüência da constatação de que não basta declarar a concorrência, é preciso construí-la. Disso decorre uma regulação dita 'assimétrica', ou seja, que visa abertamente a enfraquecer o poder de mercado do operador histórico, freqüentemente público, para tomar o setor atrativo a *novos* operadores. O acesso ao setor é então considerado como uma espécie de porta aberta, a regulação funcionando então temporariamente como o degrau de acesso à concorrência" (FRISON-ROCHE. Os novos campos da regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 199).

[23] COUTINHO. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. *In*: FARIA. *Regulação, direito e democracia*, p. 78.

[24] COUTINHO. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. *In*: FARIA. *Regulação, direito e democracia*, p. 83-84.

demonstra que o reposicionamento do Estado em face da economia não se deu apenas no âmbito desses serviços. Desse modo, seja no âmbito dos serviços públicos, seja no âmbito das atividades econômicas *stricto sensu*, constata-se que a regulação setorial e o antitruste encontram-se atrelados.

9.4 Autoridade antitruste (CADE) e competências regulatórias setoriais

Na medida em que se verifica, de um lado, que a atuação regulatória do Estado brasileiro abrange as duas espécies de atividade econômica *lato sensu* e, de outro, que foi introduzido o princípio da concorrência no âmbito dos serviços públicos, resulta interessante realçar algumas dimensões da interface entre a autoridade antitruste brasileira (Conselho Administrativo de Defesa Econômica: composto pelo: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral; e (iii) Departamento de Estudos Econômicos) e as competências regulatórias setoriais, ressaltando-se, desde logo, que um dos aspectos desse processo de interação envolve (i) a articulação de competências entre o CADE e os entes estatais reguladores, bem como (ii) a definição de uma nova postura do próprio CADE — criado em 1962, pela Lei nº 4.137/1962, tendo sido depois regido pela Lei nº 8.884/1994, sendo agora disciplinado pela Lei nº 12.529/2011 — diante desse novo modelo estatal.

Ainda que a possibilidade de aplicação do princípio da concorrência nos setores regulados não se dê de idêntico modo nos setores não regulados, afinal aqueles setores possuem imperfeições estruturais que legitimam a própria regulação, cumpre descartar, em razão do disposto nos arts. 170 e 173, parágrafo 4º, da Constituição da República, qualquer tentativa de afastar integralmente a aplicação do antitruste.[25]

Nessa seara, a articulação de competências em matéria de controle de estruturas e condutas substancia elemento basilar da identificação dos limites entre a esfera regulatória setorial e o antitruste, eis que, ao menos, delimita o âmbito de atuação de cada uma em matéria de prevenção e repressão das infrações à Ordem Econômica.

A articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial é bastante complexa, tendo, em estudo de direito comparado, Calixto Salomão Filho[26] salientado que, nos EUA, desenvolveram-se duas correntes jurisprudenciais: a teoria da ação política (*state action doctrine*) e a teoria do poder amplo (*pervasive power*).

A teoria da ação política incide sobre situações, frequentes nos EUA, e raras no sistema federativo brasileiro, envolvendo convergência entre competências regulatórias setoriais pertencentes aos Estados federados e a competência de controle antitruste da União. Nela são estabelecidos dois critérios para determinar se a regulamentação estadual confere imunidade à aplicação do direito antitruste: (i) "[...] é necessário que a decisão seja tomada ou que a regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação";[27] (ii) sendo

---

[25] Conferir, nesse sentido, as considerações de Calixto Salomão Filho na obra: SALOMÃO FILHO. *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos jurídicos, p. 136-139.

[26] SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 130.

[27] SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 136-137.

indispensável, ademais, "que haja supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação".[28]

A teoria do poder amplo, por sua vez, "aplica-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas",[29] e visa "verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste".

Nessa teoria desenvolve-se raciocínio semelhante àquele da teoria da ação política, para desenhar dois casos de exclusão da competência destinada à aplicação do direito antitruste, vez que em ambos "o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão",[30] a saber: (i) "o poder do órgão é *extenso* o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por 'poder extenso o suficiente' entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial"; (ii) o segundo caso é aquele

> [...] em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é *profundo o bastante* para fazê-lo. Nessa hipótese o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste; não há que se pensar em controle do ato do ponto de vista concorrencial pelo órgão encarregado da aplicação do direito antitruste (FTC) ou pelas Cortes simplesmente porque aquelas regras já foram (por hipótese) levadas em consideração quando da: regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento.[31]

---

[28] SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 137. Calixto Salomão registra, em nota de rodapé, que "estes dois requisitos, desenvolvidos pela *Supreme Court* no caso *Midcal*, foram aplicados em várias decisões posteriores. Assim, em 'Hinshaw *v.* Beatrice Foods, Inc.', 1980-81 Trade Cas. (CCH), 63.584 (*D. Mont.* 1980), foi reconhecida a imunidade às leis antitruste por existir uma regulação completa do preço do leite no Estado de Montana. Em 'Southern Motor Rate Conference, Inc. *v.* United States', 471 *US* 48 (1985), a Suprema Corte decidiu que o conceito de 'política claramente expressa e definida', estabelecido em *Midcal, era aplicável* a políticas estatais que meramente permitiam, mas não obrigavam. Por isso decidiu-se pela imunidade antitruste de quatro empresas de transporte, por estarem autorizadas a concordar com *joint rate proposals*, antes de submetê-las ao órgão regulador. A *Supreme Court* alegou também que havia uma supervisão ativa, pois o Estado avaliava as tarifas de transportadoras. Presentes os dois requisitos não havia ilícito antitruste. Já o requerimento da supervisão ativa por parte do órgão governamental foi posteriormente desenvolvido em '324 Liquor v. Duffy', 479 *US* 335 (1987), onde o Estado de New York obrigava os vendedores de bebidas alcoólicas a vender seus produtos no mínimo pelo preço sugerido pelos atacadistas mais 12%. Tal prática suprimia a competição e foi condenada pela *Supreme Court* por não rever os preços estabelecidos pelos atacadistas, simplesmente permitindo que eles o fixassem a seu alvedrio. Uma decisão da Suprema. Corte Americana essencial para o pleno entendimento desta matéria é a de 'Patrick *v.* Burget', 486 *US* 94, 100-01 (1988). Neste caso, um médico alegou que um grupo de médicos rivais estava violando o *Sherman Act* por manipular o processo *peer review* de modo a não conceder a ele privilégios no único hospital da cidade de Astoria, Oregon. A Suprema Corte decidiu que não havia imunidade antitruste baseada na ação do Estado (como havia sido alegado pela *Court of Appeals*), pois nenhuma agência estatal tinha poder para revisar as decisões do *peer review* e suspender uma decisão que pudesse ser contrária à política fixada pelo Estado. Assim, a jurisprudência norte-americana vem-se posicionando no sentido de conferir imunidade antitruste para particulares, funcionário ou agências governamentais desde que haja (i) política claramente expressa e definida, além de inequívoca, do Estado na política de atos que normalmente seriam ilícitos antitruste (essa política pode ser permissiva ou obrigatória); (ii) supervisão ativa por parte do Estado das práticas resultantes desta política, para que os resultados, especialmente os resultados para a concorrência e para os consumidores, não sejam desarrazoados. Aqui, deve ser entendido que o Estado tem o poder de controlar preços, fornecimento, estoques, etc." (SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 137).

[29] SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 138.

[30] SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 138.

[31] SALOMÃO FILHO. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p. 139. Conferir, nesse sentido, "United States v. RCA", 358 US 334 (1959).

A propósito das duas correntes referidas, cumpre dizer que não há a possibilidade de transplantá-las para o direito brasileiro. Primeiro, porque as experiências do direito comparado, em regra, não podem ser, sem maiores cuidados, meramente transplantadas para o Brasil, notadamente em razão das diferenças culturais, políticas, sociais, normativas e econômicas. Depois porque, entre nós, o adequado seria verificar o modo como a legislação incidente cuida do tema.

Pois bem, a interface entre a regulação setorial e o antitruste opera-se a partir de vários modos: (i) *articulação complementar,* mediante limites expressos que separam as duas competências, sendo que a separação pode ser *procedimental*, isto é, definindo-se uma etapa de atuação do ente regulador setorial e outra do órgão antitruste ou pode ser *operacional,* diante da qual o regulador atua no controle preventivo (art. 88 da Lei nº 12.529/2011)[32], enquanto o antitruste realiza o controle repressivo (arts. 31 e 36 da Lei nº 12.529/2011); (ii) *articulação supletiva,* em que será exercida a competência antitruste quando o ente de regulação setorial não estiver atuando no sentido da defesa da concorrência; (iii) *articulação concorrente,* quando se sobrepõem as duas competências, isto é, o regulador setorial e o ente antitruste realizam concomitante e descoordenadamente suas competências; (iv) *articulação por coordenação,* quando se reserva a possibilidade de atuação a um dos reguladores com a obrigação de consultar, ouvir e envolver o outro durante o exercício de suas competências. Hipótese adotada no caso da *Monopolies and Merger Commission* (MMC) da Grã-Bretanha, órgão dotado de função consultiva em matéria concorrencial, que se manifesta quando os órgãos reguladores setoriais exercem suas competências no tocante à matéria concorrencial.

---

[32] Ainda, de acordo com a mesma Lei, os atos a concentração, objeto do controle preventivo, são caracterizados da seguinte maneira: "Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrente". A ênfase no controle preventivo pela nova Lei do CADE foi tida como uma das suas importantes inovações, a respeito do assunto veja-se: "Há um largo consenso na literatura antitruste de que o controle prévio provê incentivos corretos para que as partes colaborem com a autoridade, visando obter celeridade na análise. Desde o início, as partes são incentivadas a disponibilizar informações suficientes e de qualidade a fim de que o ato de concentração possa ser apreciado o mais rapidamente possível, e no caso de ausência de efeitos negativos sobre a concorrência, que seja aprovada a operação sem que seja necessária instrução complementar. Do lado da autoridade, os prazos estabelecidos em função do controle devem trazer ganhos de eficiência ao processo, incentivando a adoção de procedimentos mais céleres pelas autoridades. Por exemplo, a adoção de filtros e de métodos de identificação rápida de situações problemáticas para o funcionamento do mercado (*screening tests*)" (FARINA; TITO. Análise prévia dos atos de concentração e eficácia do controle de fusões: perspectivas a partir de uma análise prévia da Lei nº 12.529/11. *In*: FARINA (Org.) *A nova Lei do CADE*, p. 47-48). "Na vigência da Lei nº 8.884/94, as transações podiam ser concluídas e posteriormente apresentadas para aprovação, o que acaba por gerar insegurança jurídica em razão da possiblidade de desfazimento do negócio (após extenso tempo de análise) e dava margem a casos de impossibilidade de reversão de uma transação ao final da análise, já quem em razão de uma transação as empresas podem ter demitido funcionários, descontinuado plantas industriais ou marcas. A nova lei de Defesa da Concorrência — Lei nº 12.529/11 — altera radicalmente essa dinâmica ao estabelecer como obrigatório o controle prévio dos atos de concentração. Em termos práticos, o controle prévio de atos de concentração determina que antes da consumação da transação as partes deverão submeter ao CADE o negócio jurídico para sua análise. Somente após manifestação do CADE, as partes poderão seguir (ou não) com a consumação do negócio" (DEL CHIARO; PEREIRA JÚNIOR. O desenvolvimento da defesa da concorrência: do controle posterior ao controle prévio de atos de concentração. *In*: FARINA (Org.) *A nova Lei do CADE*, p. 70).

Estudando as leis que, na década de 90, criaram entes reguladores independentes no Brasil, pode-se dizer que a Lei Geral de Telecomunicações (LGT)[33] é a que melhor articula as competências em matéria de adjudicação concorrencial, conferindo à ANATEL as tarefas que correspondiam à Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) no regime da Lei nº 8.884/1994,[34] e que, atualmente, passaram a ser concentradas pelo CADE, aproximando-se do modelo de competências complementares proposto por Gesner Oliveira, no qual "as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho, segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste".

Ao passo que, como a Lei nº 12.529/2011 continua a não definir de maneira clara quais as funções das agências em matéria de concorrência, a competência do CADE persiste, havendo, todavia, contribuição instrutória das agências, inclusive em razão da familiaridade e conhecimento das questões técnicas envolvidas no caso analisado. É importante salientar que, nesses setores, as concentrações sujeitam-se à prévia autorização das agências sem, todavia, eximirem-se do posterior controle realizado nos termos da nova lei de defesa da concorrência.[35] Então, na autorização prévia, a análise baseia-se no arcabouço regulatório específico, enquanto na segunda o controle é realizado com esteio no direito antitruste. De qualquer sorte, concentrações que não ultrapassem

---

[33] Nos termos da Lei nº 9.472/1997: "Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei". De acordo com Pedro Dutra: "Bem redigida esta lei, nº 8.884/94, que vem de expirar, revogada pela Lei nº 12.529/12, não isentou nenhum setor da economia, estendendo a defesa concorrência ao mercado de telecomunicações durante a sua redação, outorgou à ANATEL competência para exercer funções repressivas e preventivas ao abuso do poder econômico, em paralelo a estas funções, precípuas, do CADE, a ele antes outorgada pela citada Lei nº 8.884/94. A competência da ANATEL, à margem da competência outorgada ao CADE, permitiu àquela agência instruir processo sancionador [...]. E, também, permitiu à ANATEL manifestar-se sobre atos de integração empresarial [...]" (DUTRA. Integração de empresas no mercado de telecomunicações e a nova lei de defesa da concorrência. *In*: FARINA (Org.) *A nova Lei do CADE*, p. 161-162).

[34] O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDBC) foi reformulado pela a Lei nº 12.529/2011. No caso, o CADE absorveu as competências antes atribuídas à Secretaria de Direito Econômico (SDE) e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). No regime da Lei nº 8.884/1994 a SDE e a SEAE detinham funções de cunho analítico e investigativo, de modo que, a maior parte dos casos começava na SDE que, por sua vez, conduzia as investigações em parceria com a SEAE, e enviava os casos e suas recomendações ao CADE. Como resultado da reforma do SDBC, (art. 3º da Lei nº 12.529/2011) a SEAE deixou de instruir os atos de concentração e passou a ter a função de opinar sobre os efeitos concorrenciais de atos normativos a serem adotados por entidades públicas ou privadas (art. 19 da Lei nº 12.529/2011). Estipula-se como um dos seus principais instrumentos o uso da análise de impacto regulatório, o qual pode auxiliar as agências reguladoras e outras instituições a compreenderem os resultados de seus regulamentos. Este instrumento pode ser uma alternativa para o robustecimento da coerência no processo de tomada de decisão.

[35] Lembre-se que a nova legislação não eliminou a necessidade das agências reguladoras fornecerem avais a processo de concentração. Deste modo, é demandada dupla aprovação para que o negócio prossiga, tanto por parte da agência reguladora, como por parte do CADE. Sugere-se, como mecanismo para evitar confusões entre as duas instâncias, a troca fluente de informações entre os órgãos, conhecida como diálogo institucional. Como, no caso, o acompanhamento e consideração da decisão do outro órgão no momento da tomada de sua própria decisão. Nos termos de Pedro Dutra: "É certo que o CADE não pode julgar ato de concentração notificado à ANATEL que a ele não chegue remetido por essa agência reguladora. O exame da conformação do ato de concentração à LGT precede logicamente o exame feito pelo CADE; não sendo o ato conforme a LGT, a lei que disciplina o mercado de telecomunicações, nele não pode o ato surtir efeitos: a sua contrariedade à disciplina especial do mercado onde terá lugar previne a sua realização. Nesse caso, não há falar-se em apreciação de seus efeitos concorrenciais — efeitos que não surtirão, por força da reprovação do ato pela ANATEL. Aprovando a ANATEL o ato de concentração, o CADE verificará os efeitos concorrenciais dele decorrentes" (DUTRA. Integração de empresas no mercado de telecomunicações e a nova lei de defesa da concorrência *In*: FARINA (Org.) *A nova Lei do CADE*, p. 172).

sequer a prévia análise realizada pela agência não precisarão ser aferidas pelo órgão de defesa de concorrência.

A fim de ilustrar e vivenciar essa temática, colaciona-se excerto de voto do Conselheiro Celso Campilongo, proferido em caso[36] em que se discutiu as competências do Banco Central e do CADE:

> Um comportamento de determinada instituição financeira, censurado pelas normas prudenciais, pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei nº 8.884/94. A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste. [...] Não há, nesse fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc.) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei nº 8137/90. [...] A coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. Trata-se, portanto, de um nítido controle *per se* — recorrente em setores regulamentados.

Com efeito, não obstante as condutas nos setores regulados não se inserirem em igual âmbito punitivo das condutas econômicas em geral, na medida em que a liberdade naquelas é limitada pela regulação, não se pode cogitar que o controle pelo órgão de defesa da concorrência não deva realizar-se, mesmo porque, nos setores regulados, outras finalidades convergem com a noção de concorrência, de modo que deve ele relativizar a aplicação do direito antitruste nesses setores mediante o sopesamento concreto entre os valores da esfera setorial e os princípios da ordem econômica, partindo da premissa da concorrência possível. Tanto é assim que o Conselheiro Campilongo, no caso referido, ponderou que aspectos peculiares do setor financeiro devem ser necessariamente sopesados quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se válvulas de escape, inclusive porque, em setores regulados, o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica como em setores normais da economia e também porque a adjudicação da concorrência não pode ensejar o comprometimento das metas setoriais.

Deste modo, apesar de as leis que vêm, desde a década de 90, criando entes reguladores setoriais não terem, na sua grande maioria, estabelecido expressamente o modo pelo qual se dá a articulação com as competências do órgão de defesa da concorrência, o silêncio não permite supor que as competências inerentes à defesa concorrencial encontram-se suprimidas, inclusive porque os princípios constitucionais contemplados no capítulo da ordem econômica desafiam satisfação. Por outro lado, o órgão de defesa da concorrência não está autorizado a, sem mais, invalidar ou censurar as políticas públicas estabelecidas pelos entes setoriais.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 54-124, abr./jun. 2003.

[36] Ato de Concentração nº 08012006762/2000-09.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução. *In*: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2002.

DEL CHIARO, José; PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antonio. O desenvolvimento da defesa da concorrência: do controle posterior ao controle prévio de atos de concentração. *In*: FARINA, Laércio (Org.). *A nova lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

DUTRA, Pedro. Integração de empresas no mercado de telecomunicações e a nova lei de defesa da concorrência. *In*: FARINA, Laércio (Org.) *A nova Lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

FARINA, Elizabeth M. M.; TITO, Fabiana. Análise prévia dos atos de concentração e eficácia do controle de fusões: perspectivas a partir de uma análise prévia da lei 12.529/11. *In*: FARINA, Laércio (Org.) *A nova Lei do CADE*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 215-225, jan./mar. 2003.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Os novos campos da regulação. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A mão visível*: mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

ORTIZ, Gaspar Arino; GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez de Castro. *Derecho de la competencia en sectores regulados*: fusiones y adquisiciones: control de empresas y poder político. Granada: Comares, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

PARTE IV

CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

PÁGINA EM BRANCO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE[1]

1.1 Introdução

Se até o advento da Constituição Federal de 1988 a via mais comum de manifestação do controle da constitucionalidade brasileiro era a difusa, a partir de então se destacou a fiscalização abstrata. Isso pela previsão de novas ações que desencadeiam a fiscalização em tese,[2] pelo aumento do rol de legitimados ativos e pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato.

O número de ações diretas que tramitam no STF é significativo[3] e reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira.[4] Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da força normativa das

---

1 Texto publicado, originalmente, na *Revista de Informação Legislativa* (v. 179, p. 141-154, 2008). Também na *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 99-116, abr./jun. 2010). Ainda, parte deste texto foi utilizada no trabalho: "Artigo 102, *caput* e parágrafo primeiro ADI e ADC" [*In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Org.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1331-1347].

2 Como mecanismos de controle abstrato, a Constituição de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevendo também a representação de inconstitucionalidade estadual. Com a Emenda nº 03/93, incorporou-se ao sistema constitucional a ação declaratória da constitucionalidade.

3 Segundo dados computados até 31 de agosto de 2012, entre 1988 e 2012 haviam sido distribuídas 4.774 ações diretas de inconstitucionalidade no STF, das quais 1.230 aguardavam julgamento (Informação disponível em: <www.stf.gov.br>).

4 Não só ocorreu o incremento da fiscalização abstrata, mas também se observa uma "abstrativização" do controle concreto. Em decisões recentes, o Supremo aplicou a técnica da modulação de efeitos (natural do controle abstrato) em sede de controle incidental (RE-AgR nº 516.296, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.04.2007); conferiu efeitos gerais à decisão proferida no Mandado de injunção nº 670 (MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007, *Informativo STF*, 485), instrumento que desencadeia uma fiscalização incidental da constitucionalidade. Inclusive, há uma tendência de reduzir o papel do Senado Federal (art. 52, X, da CF) no controle concreto da constitucionalidade. Na Reclamação nº 4.335, discute-se afronta à decisão proferida pelo STF no HC nº 82.959, no qual se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Na decisão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assentou que se alterou de forma radical a concepção sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a égide da EC nº 16/65 e a CF 67/69. Assim, entendeu necessária a reinterpretação dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Para o Ministro, a suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa

disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional.[5]

Mas se, por um lado e em um primeiro momento, a tônica do constitucionalismo brasileiro foi a efetividade das normas constitucionais, aprendida essa lição, chega-se ao momento de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos.[6] Não se trata de defender uma postura deferente da jurisdição constitucional em todos os momentos, mas sim considerar que a sua atuação pode ser problemática em um ambiente marcado pelo compromisso democrático, sendo esse o pano de fundo da presente abordagem.

1.2 Primeiros apontamentos

O Constituinte de 1988 foi feliz nas inovações que trouxe à fiscalização de constitucionalidade, atendendo ao espírito de uma Constituição democrática, igualitária e pluralista. A partir da Carta de 1934, e até a de 1946, havia um modelo difuso-incidental de constitucionalidade das leis, fortemente influenciado pelo constitucionalismo norte-americano.

A ação direta interventiva, prevista já na Constituição de 1934, inaugurou um controle direto, porém tendo em vista a análise de um caso concreto no qual se alegava a violação de princípios constitucionais sensíveis (organização federativa e republicana). Assim, além de ser um controle concentrado/concreto, a parametricidade da ação interventiva era restrita.[7]

A Emenda Constitucional nº 16/1965 trouxe o embrião da ação direta de inconstitucionalidade — a *representação de inconstitucionalidade* — podendo ser aforada apenas pelo Procurador-Geral da República perante o STF, para impugnar ato normativo federal ou estadual que ofendesse a Constituição (incluindo seus princípios implícitos).

---

legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*. Concluiu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC nº 82.959/SP. A questão não foi decidida ainda pelo STF. O Ministro Eros Grau acompanhou o relator, julgando procedente a reclamação. Já o então Ministro Sepúlveda Pertence votou pela improcedência, porém concedendo *habeas corpus* de ofício. O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas manifestou-se a favor da concessão *ex officio* do *habeas corpus* (Rcl nº 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19.04.2007, *Informativo STF*, 463).

5 A doutrina brasileira da efetividade valeu-se de uma pedagogia constitucional para assentar no âmbito acadêmico e jurisprudencial que as disposições constitucionais têm normatividade e podem ser aplicadas de forma imediata, embora, devido à natureza principiológica de alguns dispositivos, admita-se a ponderação e a restrição do âmbito de proteção no caso concreto. Sobre o tema: BARROSO. A doutrina brasileira da efetividade. *In*: BARROSO. *Temas de direito constitucional*, p. 61-77; CLÈVE. Controle de constitucionalidade e democracia. *In*: MAUÉS (Org.). *Constituição e democracia*, p. 49-60; SOUZA NETO. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática, p. 1-18.

6 Um dos principais debates no direito constitucional contemporâneo envolve a tensão entre democracia e constitucionalismo, que se manifesta de modo significativo quando os juízes e tribunais exercem a jurisdição constitucional. Trata-se de discussão que pode ser enfrentada com base em argumentos intertemporais, na linha desenvolvida por Jon Elster [(*Ulises desatado*: estudios sobre a racionalidad, precompromisso y restricciones, p. 115; e Introducción. *In*: ELSTER; SLAGSTAD (Org.). *Constitucionalismo y democracia*, p. 41]; procedimentalistas, conforme faz Jürgen Habermas (*Direito e democracia*: entre a facticidade e a validade), entre outros; ou substancialistas como John Rawls (*O liberalismo político*, p. 262-264, 281-290). Devido à complexidade do tema, faz-se aqui apenas o registro do debate, observando que nenhuma discussão séria sobre a fiscalização da constitucionalidade pode ignorar a tensão imanente e constitutiva do Estado Democrático de Direito.

7 Peculiaridade da ação direta interventiva é a natureza da decisão proferida pelo STF, que não nulifica o ato impugnado, mas se limita a declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Portanto, há muito tempo o sistema brasileiro conhece essa técnica de decisão. Sobre o tema: BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise critica da jurisprudência, p. 317; CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 125; MENDES. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 370.

Houve, portanto, significativa ampliação do âmbito material de controle. O que se incorporou no ordenamento foi um mecanismo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. A Constituição de 1988 transformou a antiga representação de inconstitucionalidade na *ação direta de inconstitucionalidade*, além de manter o controle difuso incidental.

O elastecimento do âmbito material da ADI veio acompanhado da ampliação do rol de legitimados ativos. Apesar de serem pontos positivos, é verdade que o incremento do controle abstrato principal pode significar a compressão do controle difuso incidental. A Constituição de 1988, ao trazer, ao lado da ADI, a ADPF, e a criação da ADC, por meio da Emenda Constitucional nº 3, continua essa tendência. O processo de concentração avança ainda mais com a Emenda Constitucional nº 45, que instituiu a súmula vinculante e trouxe nova normatividade para o Recurso Extraordinário (a repercussão geral). Tais inovações demonstram a verticalização dos órgãos jurisdicionais no exercício da jurisdição constitucional, caracterizando o sistema brasileiro pela tendencial *concentração*. Enquanto se comprime o controle difuso incidental, amplia-se o controle abstrato principal.

1.3 Natureza, finalidade e procedimento

A ADI configura verdadeira *ação*. Envolve inauguração de processo *objetivo*, por prestar-se à defesa da ordem constitucional objetiva, sem a existência de *lide*, *controvérsia subjetiva* e *partes* (entendidas no sentido *material*)[8] que lhe componham o fundo. Daí ser instrumento de verificação da validade de norma *em tese* ou *em abstrato*.[9] Por ser processo especial, constitucional, admite, com cautela, a recepção de normas da legislação processual subjetiva.[10]

O *parâmetro* para a fiscalização abstrata é amplo, compreendendo toda a Constituição, independentemente das normas apontadas pelo requerente.[11] Isso porque o STF vincula-se, apenas, ao *pedido* declaratório da ADI, e não à *causa de pedir*.[12] Afinal, a Constituição há de ser interpretada em seu todo, sistematicamente, e não *em tiras*.[13]

Nesse ponto, observe-se que a jurisprudência do Supremo incorreu em pequena flexibilização, ao estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados na ADI, quando a decisão implicar no esvaziamento da lei em tese. É a inconstitucionalidade *por arrastamento*,[14] que não configura, registre-se, espécie de inconstitucionalidade *consequente*,[15] tampouco ampliação do pedido, mas, simplesmente, resultado que decorre do próprio conteúdo veiculado pela norma atacada.

---

[8] "Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio" (ADI nº 2.982-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 22 set. 2006).

[9] ADI nº 1.552-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJ*, 07 mar. 2002.

[10] Exemplos de não recepção das regras processuais comuns: ADI nº 2.130-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 14 dez. 2001, AI nº 646.265 e AI nº 639.017.

[11] AI nº 413.210-AgR-ED-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 10 dez. 2004.

[12] CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 154-155.

[13] A expressão é de Grau (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*).

[14] ADI nº 2.982-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 22 set. 2006. Também: ADI nº 1.144. Situação diversa é a hipótese de *inconstitucionalidade reflexa*, quando, realmente, o parâmetro de controle é legal, e não constitucional, no que se afasta, pois, a competência do Supremo (Cf. ADI nº 2.535-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 21 nov. 2003).

[15] Consoante José Manuel Moreira Cardoso da Costa, ao afirmar que "se o Tribunal concluir pela inconstitucionalidade de uma dessas normas, nem por isso pode declarar a inconstitucionalidade por identidade de razão, ou sequer a inconstitucionalidade *conseqüente*, de outras normas do mesmo diploma que o requerente não haja nomeado" (*A jurisdição constitucional em Portugal*, p. 47).

Passados onze anos da promulgação da Constituição, o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade receberam regulamentação (ora específica, ora compartilhada),[16] com a Lei nº 9.868/1999. No que toca à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo,[17] temos na referida lei a previsão de um procedimento abreviado, em virtude da natureza objetiva da ação: apresenta-se petição inicial, fundamentada, sob pena de inépcia[18] (art. 3º); em seguida, são prestadas as informações pelos órgãos ou autoridades requeridos (art. 6º), quando, então, poderão ser ouvidos outros órgãos ou entidades, em virtude da relevância da matéria (art. 7º, §2º); na sequência, são ouvidos a AGU e a PGR (art. 8º), podendo, ainda, ser designada, pelo relator, audiência pública para a oitiva de expertos na matéria discutida (art. 9º, §1º). Depois disso, havendo medida cautelar, esta será decidida pela maioria absoluta dos membros da Corte (art. 10), ou, em caso de relevância da matéria e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, o processo poderá ser diretamente submetido a julgamento (art. 12). Tocante à decisão de mérito, o *quorum* qualificado para instalação da sessão (art. 22), bem como a maioria qualificada exigida para a decisão (art. 23), refletem a importância que assume a decisão definitiva sobre a adequação da lei ou do ato normativo à Constituição. Será, afinal, uma decisão irrecorrível (art. 26),[19] irrescindível (art. 26),[20] com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 28, parágrafo único), podendo, nada obstante, ter seus efeitos manipulados quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27).[21]

1.4 Legitimidade processual ativa e passiva

A maior alteração da ADI, em relação à antiga representação de inconstitucionalidade, é a ampliação do leque dos legitimados para sua propositura.[22] Trata-se de

---

[16] No ponto, é interessante observar que, em sua origem, a *representação interventiva* poderia ser entendida como *ação de caráter ambivalente*, porque eficaz tanto como ação direta de inconstitucionalidade, quanto como ação declaratória de constitucionalidade. É o que o Supremo Tribunal Federal deu a entender quando julgou procedentes embargos infringentes opostos pelo próprio Procurador-Geral da República, contra decisão procedente sobre representação de inconstitucionalidade por ele movida (MENDES. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 183). Todavia, embora definidas, na Constituição, como ações distintas, em recentes julgados o STF tem manifestado o antigo entendimento, admitindo ADI e a ADC enquanto ações iguais, porém, "com sinal trocado", por (i) guardarem objeto semelhante, que é a decisão definitiva sobre a conformidade do ato normativo em relação à Constituição da República; e (ii) surtirem o mesmo efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública direta e indireta (RE nº 431.715-AgR, Rcl nº 2.256 e Rcl nº 1.880-AgR).

[17] Registre-se o advento da Lei nº 12.063/2009, a qual acrescentou na Lei nº 9.868/1999 o Capítulo II-A, que regulamenta a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

[18] Na ADI nº 1.775 (Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 18 maio 2001), a petição inicial foi considerada inepta por ter sido indicada genérica e abstratamente a ofensa da lei à Constituição, restando ausentes os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, com suas especificações.

[19] Salvo a possibilidade de interposição de embargos de declaração, opostos, somente, em face de decisão colegiada do Tribunal, consoante art. 337 do Regimento Interno do STF.

[20] O Supremo já teve oportunidade de manifestar-se sobre a constitucionalidade do art. 26 da Lei nº 9.868/1999, quando, então, afastou a alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorrente, em tese, da vedação à propositura de ação rescisória sobre decisão no âmbito da ação direta (ADI nº 2.154; ADI nº 2.258, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.02.2007 e *Informativo*, 456).

[21] Nas ADIs nºs 2.154 e 2.258, retro citadas, vem sendo discutida a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.868/1999, estando, ainda, pendente de julgamento o art. 27 da lei. (Disponível em: <www.stf.jus.br>).

[22] No regime anterior, como visto, apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para desencadear a fiscalização abstrata, mas o art. 103 da Constituição trouxe um rol muito maior de legitimados, o que a doutrina identifica como uma democratização do controle abstrato, não obstante a não atribuição de legitimidade a qualquer cidadão. A respeito do tema: CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 88-90;

novo estatuto voltado à garantia dos direitos das minorias. Não se chegou, contudo, a configurar a ADI como *actio popularis*. O controle difuso, em alguma medida, supre essa lacuna.[23]

A ampliação do rol de legitimados à arguição abstrata de inconstitucionalidade, somada ao que se chamou de *inflação legislativa*,[24] acarretou um aumento significativo do volume de demandas. Assim, o Tribunal foi levado a criar mecanismos para restringir o número de ações diretas.[25] Um exemplo é o requisito da *pertinência temática*,[26] exigido, inicialmente, apenas das entidades de classe de âmbito nacional,[27] sendo estendido, em seguida, às confederações sindicais,[28] aos partidos políticos,[29] Governadores de Estado ou do Distrito Federal[30] e Mesa de Assembleia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A partir disso, é possível distinguir os *legitimados especiais* — de quem o Supremo tem exigido a comprovação do requisito da pertinência temática como condição de admissibilidade da ação — dos *legitimados universais* (o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da OAB). Este é, portanto, o conjunto dos legitimados ativos.

Os legitimados passivos da ADI são os órgãos legislativos ou autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, sem olvidar que, uma vez que se trata de processo objetivo, a demanda não se volta *contra* alguém, e sim se dirige contra lei ou ato normativo ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Questão que merece atenção diz respeito à participação obrigatória do Advogado-Geral da União na defesa do ato impugnado. Embora o STF já tenha pacificado o entendimento de que a defesa do ato impugnado, pelo AGU, é compulsória,[31] é importante

---

FERRARI. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 97-103; MENDES. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 86-87.

23 A admissibilidade da ADI não está condicionada à inviabilidade do controle difuso (ADI nº 3.205). Já o debate constitucional em sede de controle difuso, em princípio, é obstado em razão de decisão já proferida em sede de ação direta, salvo a discussão de questões eminentemente singulares, relacionadas ao caso concreto em exame.

24 Uma breve comparação quanto ao número de ações de inconstitucionalidade ajuizadas antes e depois da Constituição de 1988, bem como notas acerca da inflação legislativa podem ser consultados em nosso *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro* (p. 161-162).

25 O que deve ser visto com certa cautela, sob pena de serem criadas restrições não autorizadas pela Constituição, incompatíveis não apenas com o sistema normativo, mas, também, com o caráter democrático que deve permear a jurisdição.

26 Que nada mais é do que a congruência temática entre as finalidades estatutárias ou os interesses da unidade federativa, e o conteúdo da norma impugnada. Cf. ADI nº 2.618-AgR-AgR, ADI nº 2.656, ADI nº 2.747 e ADI nº 3.059-MC.

27 Exceção à interpretação restritiva conferida pelo STF é a mudança de entendimento com relação à ilegitimidade ativa das entidades de classe de segundo grau, também chamadas *associações de associações*. Com efeito, entendia o Supremo que tais entidades não representavam, diretamente, interesses de seus associados enquanto pessoas físicas, e sim das pessoas jurídicas associadas. O posicionamento foi revisto, admitindo-se a legitimidade ativa dessas entidades. Cf. ADI nº 3.153-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 09 set. 2005; ADI nº 2.797 e ADI nº 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 19 dez. 2006.

28 Ressalte-se que os sindicatos e federações não possuem legitimidade para suscitar o controle concentrado de constitucionalidade. Cf. ADI nº 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 18 maio 2001.

29 Mesmo que tenham perdido sua representação no Congresso Nacional após a propositura da ADI. É o que tem entendido o STF, revendo posicionamento anterior: Cf. ADI nº 3.867, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, *DJE*, 29 fev. 2008.

30 O STF já se manifestou pela necessidade da pertinência temática em ADI proposta pelo Governador do Distrito Federal, tal como entende em relação aos Governadores de Estados, consoante se extrai do voto do Min. Eros Grau, relator da ADI nº 3.312.

31 Cf. ADI nº 1.350, ADI nº 72-QO, ADI nº 1.434-MC, ADI nº 1.254-AgR e ADI nº 242. Exceto, contudo, quando a Corte já tenha firmado posicionamento sobre a tese a ser defendida, quando, então, o Advogado Geral é dispensado da defesa: ADI nº 1.616.

salientar, como já dissemos em outra oportunidade,[32] a posição difícil do Advogado-Geral da União, ao vincular-se à propositura da ADI, na qualidade de assessor jurídico da Presidência, e ao vincular-se à defesa do ato por ela impugnado, na qualidade de curador especial da norma. Reitera-se a desnecessidade de curador especial em processo objetivo. Ademais, as informações prestadas pelos legitimados passivos asseguram não só o contraditório, mas ampla cognição da matéria.

1.5 Participação dos *amici curiae*

As decisões da Corte podem apresentar menor legitimidade caso a discussão restrinja-se aos argumentos do legitimado ativo, do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União e do órgão que produziu o ato normativo. Questões relevantes podem não ser suscitadas pelos partícipes do processo. Por essa razão, apesar de o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 vedar a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade[33] (pois se trata de processo de natureza objetiva), o seu §2º consagra,[34] excepcionalmente, a intervenção de quaisquer órgãos e entidades no processo.[35] Para tanto, devem ser atendidos, conforme apreciação do relator, os requisitos (i) da relevância da matéria discutida (pertinência com os interesses protegidos por aquele que pretende ingressar no feito) e (ii) da representatividade do postulante.[36] A ideia é de que todos são intérpretes da Constituição.[37]

A participação dos interessados — os *amici curiae*, *amicus curiae*, no singular (instituto originário do direito anglo-saxão) — qualifica-se como fator de legitimação das decisões da Suprema Corte, aperfeiçoando o sistema de controle abstrato da constitucionalidade ao favorecer sua democratização. A participação enriquece o processo com elementos de informação e a experiência que o *amicus curiae* pode transmitir à Corte. Considerando que do controle abstrato de constitucionalidade decorrem implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais, a abertura da discussão adquire grande significado.[38]

Com o veto ao §1º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, ficou indefinido o prazo para a manifestação dos órgãos e entidades. O STF entende que o pedido de admissão deve ser

---

[32] Consoante CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 180-181.

[33] Desde a Emenda Regimental nº 02, de 1985, editada pelo STF, não mais foi admitida a presença de assistente na via direta de controle de constitucionalidade.

[34] Utiliza-se o verbo "consagrar" pelo fato de o STF ter admitido a manifestação de interessados na ação direta mesmo antes da norma autorizadora. Cf ADI-AgR nº 748/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, p. 31392, 18 nov. 1994.

[35] Discute-se a natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae*. Gustavo Binenbojm e Antonio do Passo Cabral sustentam ser um terceiro especial; já Edgard Bueno Filho entende se tratar de assistente qualificado. Sobre as diferenças entre a intervenção de terceiros típica e a intervenção do *amicus curiae*, cf. CABRAL. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 119-123.

[36] "Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. §2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

[37] O que permite uma leitura constitucional acorde às sociedades pluralistas e democráticas. Sobre o tema, consultar: HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.

[38] Sobre a importância da intervenção dos *amici curiae*, conferir o pronunciamento marcante do Min. Celso de Mello na ADI-MC nº 2.130/SC. Citem-se também: ADI nº 3.921, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ*, 31 out. 2007; ADI nº 3.819-ED, Rel. Min. Eros Grau, *DJ*, 13 jun. 2007; ADI nº 3.620, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 08 maio 2007; ADI nº 3.494, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 08 mar. 2006; ADI nº 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 10 jun. 2005; ADI-MC nº 2.130/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 02 fev. 2001. Não se olvide, contudo, que, apesar de a participação dos *amici curiae* ser saudável para a democratização do controle abstrato de constitucionalidade, a sua participação não elide a dificuldade do Judiciário em lidar com temas técnicos ou específicos, nem supre totalmente o déficit de legitimidade de suas decisões.

formulado no prazo de que dispõem as autoridades das quais emanou o ato impugnado para prestar informações. Todavia, é possível cogitar a admissão de *amicus curiae* fora desse prazo, considerando a relevância do caso ou a notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa.[39] Há sempre o cuidado de impedir transtornos ao procedimento, o que pode ocorrer, por exemplo, quando o pedido de intervenção ocorre na véspera da sessão de julgamento[40] ou após terem sido prolatados votos.[41] Uma vez admitido o ingresso no feito, o requerente terá o prazo de trinta dias para apresentar suas razões.[42] Ressalte-se que os "amigos da corte" não têm legitimidade para recorrer de qualquer decisão proferida em processo de ação direta, com exceção daquela que indeferiu sua intervenção na causa.[43]

Por fim, saliente-se que a salutar permeabilidade aos fatos e a democratização do controle concentrado de constitucionalidade têm sido fortalecidas também pela possibilidade de realização de audiências públicas[44] e pelo acolhimento de pareceres de peritos, nos termos do art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999.

1.6 Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica

Impugna-se por meio de ação direta de inconstitucionalidade *lei ou ato normativo federal ou estadual*. Excluem-se do campo da ação direta, portanto, os atos *municipais*[45] e *distritais* editados no exercício de competência legislativa municipal.[46]

---

[39] ADC nº 18, Rel. Min. Menezes Direito, *DJE*, 02 maio 2008; ADI nº 3.725, Rel. Min. Menezes Direito, *DJE*, 07 ago. 2008. Tal entendimento se coaduna com o disposto no art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99: "Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. §1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria".

[40] ADI nº 4.001, Rel. Min. Eros Grau, *DJE*, 21 maio 2008.

[41] ADI nº 1.923, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, *DJ*, 1º ago. 2007.

[42] A manifestação não se restringe à apresentação de razões por escrito. Em 26.11.2003, na ADI nº 2.777, Rel. Min. Cezar Peluso, foi decidida questão de ordem a fim de permitir a sustentação oral na ação direta de inconstitucionalidade dos *amici curiae.* Em 30.03.2004, o STF, por meio da Emenda Regimental 15, acrescentou o §3º ao art. 131 do Regimento Interno, no seguinte sentido: "Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do §2º do art. 132 deste Regimento".

[43] ADI nº 4.022, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, *DJE*, 25 abr. 2008; ADI nº 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, *DJ*, 13 abr. 2007. Em sentido contrário: Gustavo Binenbojm, sustentando-se nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal defende ser "lícito ao *amicus curiae* interpor qualquer recurso cabível, de acordo com a legislação processual" (BINENBOJM. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, p. 92).

[44] A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi instalada em 20 de abril de 2007, no curso da ADI nº 3.510, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permitiam a pesquisa com células-tronco embrionárias. Na audiência houve amplo debate, com a participação de cientistas, estudiosos e personalidades autorizados no tema. O julgamento definitivo ocorreu em 29 de maio de 2008, quando, então, a maioria de seis ministros decidiu pela constitucionalidade das pesquisas. Nada obstante se guarde certa reserva quanto à oportunidade do debate jurisdicional, uma vez já tendo havido ampla discussão prévia sobre a matéria em sede legislativa, a realização da audiência pública foi significativa não só por marcar a ampla participação da sociedade civil na formação do convencimento do Supremo, como, também, por ter permitido profunda discussão acerca da proteção constitucional da dignidade humana.

[45] ADI nº 1.268-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 20 out. 1995. Os atos municipais poderão ter sua constitucionalidade questionada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[46] Súmula nº 642, STF: "Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal". Nesse caso, estar-se-á diante da ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido.

Defende-se que todo ato com forma de lei (espécies do art. 59 da CF)[47] pode desafiar o controle abstrato. Não obstante, o STF, de modo criticável,[48] entende que atos editados sob a forma de lei mas não dotados de coeficiente mínimo de abstração ou generalidade (ou seja, lei de efeitos concretos) não são passíveis de questionamento por ADI.[49] Apesar do entendimento, cabe apontar decisão em que o STF, ao analisar a constitucionalidade de dispositivo de lei orçamentária anual (tradicionalmente tida como lei de efeitos concretos),[50] considerou que a norma impugnada possui caráter geral e abstrato suficientes para ser objeto do controle abstrato.[51]

Ainda, apenas os atos do Poder Público, cujo processo legislativo tenha sido concluído,[52] podem ser questionados por meio de ADI. Assim, *projetos de lei* não podem ser questionados por ação direta (não se exclui a hipótese de questionar a *proposta* de emenda constitucional que viole cláusula pétrea).[53] Por outro lado, o STF admite que parlamentares impetrem mandado de segurança para coibir a aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional.[54]

Caso o ato questionado seja revogado no curso da ação direta, o feito será julgado prejudicado pela perda superveniente do objeto.[55] Em agosto de 2008, em pronunciamento ímpar, o STF entendeu que a *revogação da lei impugnada*, quando já em pauta a

---

[47] A doutrina distingue lei formal e lei material. Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então é identificado como lei material. Se contiver preceitos concretos, será lei meramente formal. Todavia, a Constituição brasileira não adota o conceito material de lei.

[48] Quanto aos atos editados sob a forma de lei e que o STF tem rejeitado o controle por via direta alegando que o ato gera efeitos concretos, afirma Gilmar Ferreira Mendes: "Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle de abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária" (MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1277-1278). Também José Afonso da Silva afirma que "O 'abstrato' refere-se ao processo de controle, e não ao objeto a ser controlado" (SILVA. *Comentário contextual à Constituição*, p. 541).

[49] ADI-MC-QO nº 1.937/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, p. 29, 31 ago. 2007. Cf. também ADI-MC nº 2.333/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, p. 6, 06 maio 2005.

[50] ADI nº 4.041, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, *DJE*, 27 mar. 2008.

[51] ADI nº 3.949-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.08.2008.

[52] ADI nº 466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, p. 5929, 10 maio 1991. Não se exige que a norma esteja em vigor. Contudo, cite-se a ADI nº 3.367/DF, em que foi acatado o controle de emenda constitucional publicada apenas no curso da ação direta, antes da prolação da sentença. "Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença" (ADI nº 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ*, p. 4, 17 mar. 2006).

[53] Tendo em conta que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental, dispõe que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir" qualquer uma das cláusulas pétreas, parece legítimo admitir-se que aí residiria a única hipótese de fiscalização jurisdicional abstrata preventiva entre nós. Se a proposta não pode ser objeto de deliberação, a impugnação seria legítima mesmo antes da deliberação, promulgação ou publicação da Emenda Constitucional. O STF, entretanto, preferiu, nessa matéria, manter mais uma restrição à utilização da ação direta de inconstitucionalidade. Embora seu posicionamento seja pela impossibilidade de controle abstrato preventivo da constitucionalidade (ADI nº 466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, p. 5929, 10 maio 1991), cabe sustentar que a deliberação de propostas tendentes a abolir as "cláusulas pétreas", pelo risco evidente de quebra da "identidade" da Lei Fundamental, é de tal gravidade, dando margem, no caso de aprovação, a situações políticas de tal ordem, que a fiscalização preventiva parece justificada (além de autorizada pelo texto constitucional quando interpretado de modo ajustado).

[54] MS nº 2.4642/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, p. 45, 18 jun. 2004.

[55] ADI nº 3.778/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ*, 18 abr. 2008. ADI nº 1.442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, p. 7, 29 abr. 2005.

ação direta, não subtrai à Corte a competência para examinar a constitucionalidade da norma até então vigente e suas consequências.[56]

Em relação às espécies normativas que podem ser objeto de ADI, diga-se já ser pacífico que as *emendas à Constituição* (inclusive decorrentes da revisão constitucional) sujeitam-se à fiscalização abstrata da constitucionalidade,[57] tendo como parâmetro exclusivamente as cláusulas pétreas. Quanto às *leis delegadas*, a fiscalização pode incidir tanto sobre a lei delegante (resolução) quanto sobre a lei delegada propriamente dita.

O controle jurisdicional das *medidas provisórias*, no Brasil, pode ocorrer em três níveis: (i) quanto à presença dos pressupostos habilitadores (relevância e urgência); (ii) quanto à matéria tratada (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) quanto à constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substantiva, as normas e princípios adotados pelo Constituinte). Em relação à última dimensão da fiscalização, o Judiciário vem exercendo plenamente a sua atividade. Quanto às primeiras dimensões, o controle tem estado aquém do necessário.[58] Vale referir que certo número de medidas provisórias veicula dispositivos concretos, tendo em vista a própria função assumida pelo Poder Executivo no Estado contemporâneo, o que excluiria a possibilidade de ADI, conforme entendimento do Supremo. No entanto, a decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes na ADI nº 4.048/DF, em sede de medida cautelar, possibilitou o controle, suspendendo temporariamente a eficácia da MP nº 405/07, que abria créditos extraordinários.

Os atos próprios das Casas Legislativas, como os *decretos legislativos* e as *resoluções*, desde que veiculem atos normativos, estão sujeitos à fiscalização abstrata da constitucionalidade.[59]

Os *tratados internacionais* regularmente incorporados ao direito interno podem ter sua constitucionalidade discutida em ADI.[60] Em relação aos tratados de direitos humanos, assumindo forma de emenda constitucional, podem igualmente ser objeto de ADI. Ressalte-se, no entanto, que, sendo ato bilateral ou multilateral de direito internacional, a declaração de inconstitucionalidade não implicará a nulidade do tratado, do ponto de vista do direito internacional.

Embora *atos normativos estrangeiros* não possam ser objeto de fiscalização abstrata da constitucionalidade, sua aplicação pode ser recusada por ofender a ordem pública, em sede de controle concreto.

O STF não admite ação direta de inconstitucionalidade contra *regulamentos* ou quaisquer atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei, pois são hipóteses de ilegalidade.[61] Excetuam-se, porém, os *regulamentos autônomos*, quando invadem esfera

---

[56] ADI nº 3.232/TO, 3.983/TO e 3.990/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008.

[57] ADI nº 2.024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, p. 16, 22 jun. 2007.

[58] ADI nº 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux. No caso, entendeu-se que a Medida Provisória nº 366/2007, que originou a Lei nº 11.516/2007, criando o ICMBio (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade), desrespeitou o trâmite legislativo previsto na Constituição, no art. 62, §9º, da CF.

[59] ADI-MC nº 3.929/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, p. 38, 11 out. 2007.

[60] O Congresso Nacional aprova o tratado mediante edição de decreto legislativo (art. 49, inc. I, da CF). "Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas. É dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese. É possível, igualmente, utilizar-se da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final" (MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1281).

[61] ADI nº 2.714, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 27 fev. 2004. ADI nº 2.862, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE*, 09 maio 2008. ADI-AgR nº 2.792/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 12 mar. 2004, p. 36. ADI-AgR nº 2.426/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, p. 7, 11 out. 2001.

reservada à lei.[62] A posição da Corte desafia questionamento, pois o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes.

Quanto aos *regimentos dos tribunais*, podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade caso ofendam diretamente a Constituição.[63]

Em relação às *súmulas vinculantes*, considerando seu caráter normativo,[64] poderiam ser objeto de ADI. Entretanto, a ação direta é considerada via inadequada, tendo em vista a existência de específicos instrumentos para a revisão do ato do ordenamento jurídico — o cancelamento e a anulação, operados de ofício ou mediante pedido dos mesmos legitimados da ação direta,[65] entre outros. Ademais, haveria problema de legitimidade em o STF controlar a constitucionalidade de ato emanado pelo próprio tribunal.

Por sua vez, as *sentenças normativas* proferidas pela Justiça do Trabalho não podem constituir objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade, desafiando apenas os recursos normalmente oferecidos.

Em relação aos *atos normativos anteriores à Constituição*, entende o STF que a hipótese é de revogação, e não de inconstitucionalidade, razão pela qual não cabe ADI.[66] Tais atos, contudo, podem ser questionados mediante o aforamento de ADPF, meio que supriu a criticável lacuna da ação direta em relação ao controle das normas pré-constitucionais.[67]

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra *parecer da Advocacia-Geral da União*[68] reavivou discussão já travada no âmbito do Supremo, acerca do caráter normativo de pareceres.[69] Arguia-se, na referida ação direta, se a aprovação presidencial

---

[62] Na ADI nº 1.396-SC (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.06.1998), o Supremo declarou a inconstitucionalidade de decreto estadual, por violação ao princípio da divisão funcional do poder, uma vez que a matéria por ele disciplinada reservava-se à atuação institucional do Poder Legislativo, nos termos do inc. XI do art. 37 da CF.

[63] ADI nº 2.970/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, p. 4, 12 maio 2006.

[64] "A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada" (ADI nº 594, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 15 abr. 1994). O entendimento não pode ser aplicado à súmula vinculante, considerando que possui caráter normativo.

[65] CF/88: "Art. 103-A. §2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade". A Lei nº 11.417/06, que regulamenta o instituto da súmula vinculante, em seu artigo 3º enumera os legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Além daqueles já legitimados para propor ADI, são partes legítimas também o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Ademais, o §1º do referido art. 3º possibilita a Município propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

[66] O controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição foi debatido já na ADI nº 2, em que restou assentado que a questão é de direito intertemporal, resolvendo-se pela revogação. O entendimento permanece na Corte. Cf. ADI nº 888, Rel. Min. Eros Grau, *DJ*, 10 jun. 2005.

[67] Na ADPF nº 130/DF, em 21.02.2008, foi concedida medida cautelar a fim de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que verse sobre dispositivos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). CF. ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, *DJE*, 26 fev. 2008.

[68] Trata-se da ADI nº 4.538, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que o Partido Democratas pretendia discutir a constitucionalidade do Parecer AGU/AG-17/2010, aprovado pelo Presidente da República e publicado no *DOU*, 31 dez. 2010, no qual foi examinado o dever da Administração Pública Federal executar tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália, após decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

[69] Houve debate semelhante na ADI nº 4-7, onde se discutiu, em sede preliminar, acerca da normatividade do Parecer SR-70, da Consultoria Geral da República, no qual se firmou orientação no sentido da não aplicabilidade imediata e eficácia plena do art. 192, §3º da Constituição Federal, dependendo, portanto, de regulamentação pela lei complementar referida no *caput* do artigo. Na ocasião, o então Vice-Procurador-Geral da República, Affonso Henriques Prates Correia, manifestou-se pela não normatividade do parecer, argumentando que "o

do parecer, seguida da respectiva publicação, vinculando, pois, toda a Administração Pública Federal (nos termos do art. 40, §1º da LC nº 73/93), bastariam à caracterização do ato como normativo. A tese acerca da normatividade do parecer da AGU, todavia, não chegou a ser decidida no caso em tela. Houve, apenas, pronúncia do relator do processo sobre o tema, haja vista o ato impugnado ter sido anteriormente apreciado no bojo de outra ação (EXT nº 1.085), na qual se decidiu por sua constitucionalidade. Frente à prejudicialidade, o relator entendeu prejudicada referida ação direta de inconstitucionalidade.[70]

1.7 A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos

Inicialmente, afirma-se a possibilidade de providência cautelar na ADI, com fulcro no art. 102, I, "p", da CF, no art. 10 da Lei nº 9.868/1999 e no art. 170, §1º, do RISTF. Trata-se de medida excepcional, em face da presunção de constitucionalidade dos atos estatais.

Conforme o STF, somente aquele que instaura o processo de controle normativo abstrato dispõe de legitimidade para requerer a concessão de medida de cautelar.[71] Para a concessão da medida, devem ser satisfeitos os requisitos que se expressam "*(a)* na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni juris*),[72] *(b)* na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*),[73] *(c)* na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e *(d)* na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão".[74]

A competência para a concessão de medida cautelar é do Plenário (voto da maioria absoluta). Todavia, em casos urgentes — e sempre *ad referendum* desse órgão do tribunal —, o presidente ou o relator podem conceder a medida.[75] A apreciação do pedido de

caráter normativo de um ato resulta de sua natureza intrínseca e não do que disponha outro ato jurídico. Assim, pareceres aprovados pelo Presidente da República podem ser atos normativos, quando estabelecem regras de conduta, de forma genérica e abstrata, que devem ser observadas, no limite de seus efeitos. [...] Assim, a expressão 'caráter normativo', constante do Decreto nº 92.889/86, é imprópria e deve ser entendida como 'caráter vinculante', decorrente da força que lhes empresa o 'aprovo' presidencial". Contudo, o relator, Min. Sydney Sanches, entendeu pelo caráter normativo do parecer, apoiando-se no art. 22, §2º, do Decreto nº 92.889/1996, o qual dispõe que o parecer da Consultoria-Geral da República "aprovado e publicado, juntamente com o despacho presidencial, adquire caráter normativo para a Administração federal, cujos órgãos e entes ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento" (ADI nº 4-7, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, 25 jun. 1993).

70 Decisão de 31.08.2011, *DJE*-170, 02 set. 2011.

71 ADinQO nº 807-2, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 11 jun. 1993.

72 Plausibilidade: demonstração da "forte suspeita de inconstitucionalidade" do ato impugnado (ADI-MC nº 1.465/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, 19 dez. 1996).

73 Nos casos em que já decorreu grande período de tempo entre a edição da norma impugnada e a instauração da verificação abstrata de constitucionalidade, o Supremo entende que o requisito do *periculum in mora* pode ser substituído pelo da conveniência na concessão da liminar (ADI nº 1.857-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 23 out. 1998).

74 *RDA*, índice analítico, p. 9. Também *RTJ* 101: 928 e 102:480. Na ADI-MC nº 1770/DF (Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.05.1998), o Supremo entendeu pela "conveniência da suspensão cautelar da norma impugnada pelas repercussões sociais dela decorrentes".

75 ADI nº 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ*, 11 out. 2007; ADI nº 3.376-MC, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, *DJ*, 1º fev. 2005. ADI nº 2.244, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida pelo Min. Carlos Velloso, *DJ*, 1º ago. 2000. MS nº 25.024-MC, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo Min. Nelson Jobim, *DJ*, 23 ago. 2004. Não parece ser compatível com o disposto no art. 97 da Constituição Federal a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por decisão monocrática. Assim como o ato normativo do Poder Público somente pode ser declarado inconstitucional com a manifestação da maioria absoluta dos membros do STF, a concessão da liminar, que implica a sustação dos efeitos prospectivos da normativa impugnada, deve seguir a mesma sistemática. Não parece ser razoável a concessão de liminar,

cautelar será (salvo excepcional urgência)[76] antecedida da audiência (i) dos órgãos ou autoridades dos quais emanou o ato normativo impugnado e, (ii) caso indispensável, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

A decisão que concede a medida cautelar tem validade *erga omnes*[77] e efeitos, via de regra, *ex nunc*[78] e repristinatórios, salvo expressa manifestação em contrário.[79] Ainda, é dotada de efeito vinculante,[80] considerando que suspende a execução do ato normativo impugnado[81] e o julgamento de processo que envolva a aplicação da norma. A decisão que indefere o pedido não é dotada deste mesmo efeito,[82] podendo ser reiterado o pedido em caso de novas circunstâncias que justifiquem a medida.

Quanto à decisão final de mérito, diga-se que os efeitos *erga omnes* são ínsitos à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade,[83] conforme expressa disposição constitucional (art. 102, §2º). Assim, prescinde-se da manifestação do Senado Federal para que a decisão opere efeitos gerais.

Além de efeitos gerais, a decisão produz efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública,[84] questão pacificada com o advento da Lei nº 9.868/1999 e constitucionalizada pela Emenda nº 45/2004.[85] Assim, não obstante

---

por um único Ministro do STF, sustando os efeitos de lei aprovada por mais de quinhentos deputados, mais de oitenta senadores e sancionada pelo Presidente da República. É evidente que a possibilidade de concessão de liminares por um único Ministro pode dar lugar a abusos, bem como a atritos desnecessários entre os Poderes da República, quando não a crises de natureza política.

[76] ADI nº 3.578-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 24 fev. 2006.

[77] Rcl nº 2.256, voto do Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 30 abr. 2004.

[78] Lei nº 9.868/1999 "Art. 11. §1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa". Como exemplos de atribuição de efeitos *ex tunc* à medida cautelar, citem-se: Rcl nº 2.256-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, *DJ*, 22 abr. 2003; ADI nº 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 28 abr. 2000; ADI nº 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 23 ago. 2002.

[79] Lei nº 9.868/1999: "Art. 11. §2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário". Esse dispositivo teve sua constitucionalidade afirmada na ADI nº 2.154 e ADI nº 2.258, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.02.2007, *Informativo*, 456; Rcl nº 2.256-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, *DJ*, 22 abr. 2003.

[80] Rcl nº 2.256/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 30 abr. 2004, p. 34; Rcl nº 935/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, p. 14, 17 out. 2003; Rcl nº 899/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, p. 90, 20 set. 2002. No âmbito da ação declaratória de constitucionalidade, em entendimento aplicável à ADI: Rcl-AgR-AgR nº 4.903/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE*-147, 08 ago. 2008. O art. 21 da Lei nº 9.868/99 explicita o efeito vinculante da medida cautelar proferida em ADC. A doutrina é pacífica quanto à extensão deste efeito para a cautelar concedida em ADI.

[81] Rcl nº 2.653-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. 30.06.2004. Rcl nº 935, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 17 out. 2003. No entender de Gilmar Mendes, "a medida cautelar deferida em processo de controle de normas opera não só no plano estrito da *eficácia*, mas também no plano da própria *vigência* da norma" (MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, p. 319).

[82] Rcl-AgR nº 3.424/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJE*-142, 1º ago. 2008; Rcl-MC nº 2.585/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, p. 9, 22 abr. 2004.

[83] Os efeitos *erga omnes* já caracterizavam a representação de inconstitucionalidade, nos termos da Emenda nº 16/65.

[84] O STF já assentou que os efeitos vinculantes não alcançam o exercício da função legislativa, podendo-se editar ato de conteúdo idêntico ao declarado inconstitucional (Rcl nº 5.442-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJ*, 06 set. 2007). Todavia, sendo comuns os casos de normas idênticas em diferentes unidades da federação, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma dessas normas atingirá *de algum modo* as demais, principalmente se forem *questionadas judicialmente*. Nesse sentido, cite-se a ADI nº 1.662, em que o STF entendeu, com efeitos gerais e vinculantes, que a Instrução Normativa 11/1997 do TST era inconstitucional. Aforada a Reclamação nº 1.987, o STF, considerando os fundamentos da decisão proferida na ADI, atribuiu efeito transcendente ao julgado, de modo a abarcar normas idênticas prolatadas posteriormente, como um ato produzido pelo TRT de São Paulo (Rcl nº 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, p. 33, 21 maio 2004). Embora a admissão da transcendência dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade ainda não seja pacífica na Corte, defende-se que a declaração produzirá algum efeito sobre atos de idêntico conteúdo.

[85] Inicialmente, previam-se expressamente os efeitos vinculantes apenas em relação à ADC. Com a Lei nº 9.868/1999, consagrou-se no âmbito legislativo que os efeitos vinculantes referem-se também à ADI. Afinal, conforme dito

divergência anterior, pode-se valer da reclamação constitucional para que se observe a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade.[86]

Nesse ponto, uma das grandes polêmicas existentes é quanto aos efeitos retroativos da decisão. Por muito tempo, entendeu-se que a nulidade das normas inconstitucionais constitui princípio implícito no ordenamento brasileiro.[87] Com base nessa premissa, justificam-se os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, pois algo nulo não teria o condão nem mesmo de revogar a legislação anterior. Contudo, com o advento da Lei nº 9.868/1999, em especial do seu art. 27, passou-se a questionar a natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

De fato, o Supremo já temperou o dogma da nulidade da lei inconstitucional em alguns momentos,[88] mas a Lei nº 9.868/1999 trouxe expressamente a possibilidade de modular os efeitos da decisão, oportunizando que, mediante o voto de dois terços dos membros, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decida por sua eficácia *ex nunc*, incidindo a partir do trânsito em julgado ou momento posterior (eficácia *pro futuro* da decisão).[89]

Sustenta-se que a premissa da nulidade da lei inconstitucional não pode ser afastada pela consagração da modulação dos efeitos no direito brasileiro. Antes da autorização legislativa, o Supremo já admitia a mitigação dos efeitos retroativos, mas como exceção à regra que consagra a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

---

anteriormente, a ação declaratória de constitucionalidade configura-se uma "ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado" e não faz sentido o tratamento distinto (MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1459). A Emenda nº 45/2004 constitucionalizou o entendimento.

86 Em um primeiro momento, o STF entendia que não era cabível a reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, devido à natureza eminentemente objetiva do processo (Rcl nº 354/AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 28 jun. 1991). Os pressupostos da reclamação eram dois: (i) existência de uma relação processual em curso e (ii) um ato que se coloque contra a competência do STF ou contrarie decisão desse proferida na mesma relação processual ou em relação processual que daquela seja dependente. Posteriormente, o STF abrandou tal interpretação, admitindo a reclamação desde que interposta pelos órgãos legitimados para instaurar o controle abstrato da constitucionalidade (Rcl nº 397/MC-QO/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 21 maio 1992). No entanto, abrandou-se ainda mais o entendimento inicial, estabelecendo-se que qualquer particular pode propor reclamação desde que venha a ser atingido por decisão judicial contrária a entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal (AgRg na Rcl nº 2.143, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 06 jun. 2003). No mesmo sentido: Rcl nº 4.971-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJ*, 18 abr. 2007.

87 Cf. MENDES. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 249; CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 243; SARMENTO. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: CRUZ; SAMPAIO (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 10.

88 Valendo-se da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar os atos de funcionário público cuja nomeação se deu por lei declarada inconstitucional (STF, RE nº 78.533/SP, Rel. Ministro Firmino Paz, julgado em 13.11.1981, *DJ*, 26 fev. 1982). Outro exemplo é o Recurso Extraordinário nº 122.202/MG, no qual o STF entendeu que a retribuição declarada inconstitucional não deve ser devolvida no período de validade da lei declarada inconstitucional (STF, RE nº 122.202/MG, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 10.08.1993, *DJ*, 08 abr. 1994). Sobre o tema: CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 251-252; SARMENTO. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: CRUZ; SAMPAIO (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 21-22.

89 Critica-se a possibilidade de conferir eficácia *pro futuro* à decisão. Segundo Daniel Sarmento, é censurável a amplitude com que se admitiu essa eficácia, sem baliza temporal [SARMENTO. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: CRUZ; SAMPAIO (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 33]. Todavia, o STF se vale da técnica há tempos. Por exemplo, ao considerar a regra do art. 68 do Código de Processo Penal uma norma constitucional com trânsito para inconstitucionalidade. Até que se implemente de forma condizente a estrutura das Defensorias Públicas no Brasil, é constitucional a previsão de legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil de reparação dos danos. Contudo, o dispositivo tornar-se-á inconstitucional por ocasião da estruturação completa das Defensorias (RE nº 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 19 jun. 2006).

E persiste como exceção, o que confirma a regra da nulidade da lei inconstitucional.[90] Por fim, verifica-se que não se trata de uma prerrogativa da fiscalização abstrata. A modulação de efeitos é aplicável em sede de fiscalização incidental, conforme já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal.[91]

1.8 Considerações finais

Os vinte e cinco anos da democrática Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 autorizam reflexões que vão muito além das considerações aqui trazidas. Procurou-se mostrar, nessas breves linhas, que o instituto da ADI orienta-se ao fim elementar a que se destina o Estado Democrático de Direito: a realização dos direitos fundamentais.

A certeza de que o papel do Estado encontra-se vinculado, sob pena de deslegitimação do poder político, à satisfação dos direitos fundamentais substancia importante conquista. E tal fato tem exigido uma releitura do direito, das categorias jurídicas e, também, um outro modo de praticar as profissões jurídicas. Nesse sentido, com a Constituição de 1988, o Judiciário renovou-se de modo impressionante, estando fortemente comprometido com a Constituição. Se por um lado há uma explosão de litigiosidade, por outro, tem-se a emergência da descoberta, pelo cidadão, de que seus direitos podem ser reclamados junto ao Judiciário. Pouco a pouco, soluções vão sendo buscadas para que se atenda de modo satisfatório ao grande número de feitos aforados todos os anos.

O importante é realçar que o Judiciário vem se debruçando sobre a Constituição. Vem exercendo, particularmente o Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião da Constituição. Se é certo que algumas decisões podem ser questionadas, talvez por denunciarem certo ativismo, não se pode negar o importante serviço prestado pelo STF nos últimos anos, inclusive por meio do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise critica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jan./mar. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 out. 2012.

[90] BINENBOJM. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 223; SARMENTO. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: CRUZ; SAMPAIO (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 29.

[91] No julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, o STF declarou inconstitucional a lei orgânica do Município de Mira Estrela que estabelecia número desproporcional de vereadores, mas conferiu efeitos *pro futuro* à decisão por razões de segurança jurídica (RE nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correa, *DJ*, 07 maio 2004). A respeito do tema: MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, p. 294.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 234, out./dez. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. *In*: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: M. Limonad, 2001.

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

ELSTER, Jon. Introducción. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

ELSTER, Jon. *Ulises desatado*: estudios sobre a racionalidad, precompromisso y restricciones. Barcelona: Gedisa, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre a facticidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. *In*: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÁGINA EM BRANCO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL[1]

A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, regulamentou o art. 102, §1º da Constituição Federal, que prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental de competência do Supremo Tribunal Federal. Cumpre traçar um breve esboço desta *ação* no território do *controle de constitucionalidade.*

A Lei surgiu num momento de consenso doutrinário e jurisprudencial acerca dos instrumentos processuais que integram o controle *abstrato* de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que as ações coletivas, embora dotadas de coisa julgada oponível *erga omnes*, configuram instrumentos processuais ligados ao controle *concreto* de constitucionalidade.[2] Por esta razão, nestas ações, salvo o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes,[3] pode o Judiciário apreciar a questão de inconstitucionalidade, arguida *incidenter tantum* como prejudicial de mérito. Na hipótese, o órgão judicial subtrai o *case* da esfera de incidência da lei ou ato normativo, que continua em vigor. A questão constitucional configura, portanto, "antecedente lógico e necessário à declaração judicial que já de versar sobre a existência ou inexistência de

[1] Este texto, escrito com o auxílio da Professora Dra. Cibele Fernandes Dias, foi publicado no livro *Hermenêutica e jurisdição constitucional* (Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 1-8), organizado pelo Professor Dr. José Adercio Leite Sampaio.

[2] RE nº 608.249 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ*, 09 nov. 2012. RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 13 nov. 2009. RE nº 227.159, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 17 maio 2002.

[3] Para este autor, "[...] para que não se chegue a um resultado que subverta todo o controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais" (MENDES. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*). A mesma posição é defendida em: MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1171. Ainda, sobre a questão, veja-se a proposta do referido autor: "No quadro normativo atual, poder-se-ia cogitar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante provocação do juiz ou tribunal competente para a causa. Simples alteração da Lei nº 9.882/99 e da Lei nº 7.347/85 poderia permitir a mudança proposta, elidindo a possibilidade de decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e do Supremo Tribunal Federal, com sérios prejuízos para a coerência do sistema e para a segurança jurídica" (MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1173).

relação jurídica".[4] O *pedido* não é e nem pode ser a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Se as decisões das *ações coletivas*, ainda que dotadas de eficácia *erga omnes*, não configuram instrumentos do controle abstrato de constitucionalidade (por intermédio delas não se pode atacar diretamente a *lei em tese* e sim o ato concreto de aplicação da lei, não se pode pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, e sim que a aplicação da lei seja considerada ilegítima e afastada a sua incidência no caso concreto),[5] será que a *arguição de descumprimento de preceito fundamental configura um instrumento processual do controle abstrato de constitucionalidade*?

O tema aparece com o art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/1999, segundo o qual *não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. Será que este artigo também se aplica em se tratando de controle abstrato? Em outras palavras, a arguição seria um mecanismo subsidiário do controle abstrato de constitucionalidade?

Em princípio, não haveria óbice do ponto de vista da competência do órgão julgador. Sabe-se que, no Brasil, o controle abstrato, justamente porque se reveste de um verdadeiro *pouvoir d'empêcher*, é *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, que, enquanto Guarda da Constituição, detém competência jurisdicional exclusiva nesta seara. E a própria Constituição atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento da arguição.

Quem se aventura a um exame mais detido da Lei nº 9.882/1999 imediatamente percebe semelhanças com a Lei nº 9.868/1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º da Lei nº 9.882/1999). A medida cautelar da arguição tem praticamente os mesmos efeitos daquela em ação declaratória de constitucionalidade, salvo algumas diferenças que merecem ser salientadas: (i) na ADC, a concessão de cautelar depende da decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo e, na arguição, esta regra pode ser excepcionada, já que o Relator pode decidir *ad referendum* do Tribunal Pleno em três hipóteses não cumulativas: *caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou, ainda, em período de recesso*; (ii) na ADC, concedida a cautelar, o Tribunal tem o prazo de 180 dias para proceder ao julgamento da ação, sob pena de perda de sua eficácia, enquanto na arguição não há este limite. Na arguição, a liminar *poderá* (a Lei utiliza este verbo) consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (§3º, art. 5º da Lei nº 9.882/1999).[6] A medida cautelar, na ação declaratória de constitucionalidade, consiste na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo (art. 21 da Lei nº 9.868/1999). Essa suspensão nada mais é do que

---

[4] BUZAID. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. *Revista de Direito Processual Civil*, p. 58-60.

[5] Como assevera Jorge Miranda, a fiscalização concreta "[...] surge a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer actos (ou conteúdo de actos) a casos concretos, trata-se de solução de lides ou de providências administrativas ou outras providências" (MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, t. III, p. 356).

[6] Cf. ADIn nº 2.231-8, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, 17 dez. 2001.

o *efeito vinculante em sede de medida cautelar*. Ressalte-se que o art. 21 da Lei nº 9.868/1999 foi inspirado na própria jurisprudência da Suprema Corte. No julgamento da medida cautelar da ADC nº 4/1997, o Ministro Relator Celso de Mello suspendeu com eficácia *ex nunc* e *efeito vinculante*, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Cruzando as duas Leis, tem-se uma situação no mínimo curiosa: um único Ministro pode suspender o julgamento dos processos do Brasil inteiro que envolvam a questão constitucional debatida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto para atingir este mesmo efeito em ação declaratória de constitucionalidade será necessária uma decisão colegiada. Mais curioso ainda é que a Lei nº 9.868/1999 não conferiu efeito vinculante à decisão cautelar em ação direta de inconstitucionalidade.[7]

Neste ponto, é preciso ressaltar que a *parametricidade* das duas ações é distinta: se na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o parâmetro de fiscalização é a Constituição de 1988 como um todo, incluindo as normas constitucionais decorrentes de emenda e revisão, na arguição, são os *preceitos fundamentais da Constituição de 1988*. É verdade que a Lei nº 9.882/1999 não definiu quais sejam estes *preceitos fundamentais*. E neste particular andou muito bem, já que não cabe ao legislador ordinário realizar uma interpretação autêntica da obra do Constituinte. Os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem a *identidade* da Constituição.[8] Sem sombra de dúvida, é possível afirmar que as *cláusulas pétreas*, mormente as consignadas no art. 60, §4º, são preceitos fundamentais.[9] Com efeito, se a norma constitucional violada não tem natureza de preceito fundamental, não há margem de escolha: não é possível ajuizar arguição. Ao contrário, tratando-se de *preceito fundamental*, há, então, uma "zona comum em tese"[10] entre arguição e as outras ações do controle abstrato. E a admissibilidade da arguição somente pode ser afastada quando haja "qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade".

---

[7] Apesar da omissão da lei, a jurisprudência do STF reconhece o efeito vinculante a decisões cautelares em ação direta de inconstitucionalidade, também por considerar esta uma ação direta de constitucionalidade "com sinal trocado". Veja, por exemplo: Rcl nº 2256, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 30 abr. 2004, Rcl nº 4274 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*-071, 23 abr. 2010. Cf. BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 192; MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1406-1407.

[8] Ver: ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*.

[9] Sobre o tema é importante lembrar a elucidação apresentada por Luís Roberto Barroso: "Pelo princípio da unidade da Constituição, inexiste hierarquia entre normas constitucionais originárias, que jamais poderão ser declaradas inconstitucionais umas em face das outras. A proteção especial dada às normas amparadas por cláusulas pétreas sobrelevam seu *status* político ou sua carga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica" (*Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 167). Ainda, de acordo com o mesmo autor: "A locução *preceito fundamental*, como visto, descreve um conjunto de disposições constitucionais que, embora ainda não conte com uma definição precisa, certamente inclui as decisões sobre a estrutura básica do Estado, o catálogo de direitos fundamentais e os chamados princípios sensíveis. A ADPF, portanto, é um mecanismo vinculado à proteção dos preceitos constitucionais considerados fundamentais" (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 280). Para Gustavo Binenbojm, podem ser considerados preceitos fundamentais: "[...] os princípios fundamentais; os direitos e garantias fundamentais, aí incluídos os direitos e garantias individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos do contribuinte; os princípios que estruturam o sistema de repartição de poderes e a federação e os princípios gerais da economia" (*A nova jurisdição constitucional:* legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 210).

[10] A expressão é de: BASTOS; VARGAS. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 75.

Sabe-se que a Lei nº 9.868/1999 equiparou a decisão definitiva de mérito da ação direta de inconstitucionalidade, em todos os seus efeitos, à decisão da ação declaratória de constitucionalidade, tratando do tema de forma indistinta no Capítulo IV. O art. 28, parágrafo único, estendeu o efeito vinculante para a ação direta de inconstitucionalidade, como já reclamavam alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (como o Ministro Sepúlveda Pertence).[11]

Por sua vez, a Lei nº 9.882/1999 (§3º do art. 10) atribuiu à decisão definitiva de mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental efeitos típicos das ações do controle abstrato de constitucionalidade: *eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*.

A eficácia *erga omnes* não é privativa do controle abstrato, já que também é possível no controle concreto, mormente nas ações coletivas. Todavia, não se trata da mesma eficácia. Primeiro, sob o aspecto da extensão territorial. O art. 16 da Lei nº 7.347/1985 estabelece que a sentença civil da ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. Segundo, sob o aspecto da natureza da coisa julgada, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* é um atributo da coisa julgada. O art. 12 da Lei nº 9.882/1999 estabelece que a decisão que julga procedente ou improcedente o pedido em arguição é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Não há aqui uma distinção, como seria típico do controle concreto, entre a decisão de procedência e a de improcedência. Como se sabe, a coisa julgada *secundum eventum litis* é típica das ações coletivas e assegura a possibilidade de qualquer legitimado intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. A decisão não transita em julgado com eficácia *erga omnes* no caso de improcedência por insuficiência de provas (é claro que aqui se está a referir à coisa julgada material, já que a decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito não faz coisa julgada material, somente formal). De outro lado, a impossibilidade de rescisória só existe e faz sentido no controle abstrato, justamente porque aqui ela não engessa de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declarada a inconstitucionalidade de uma lei em virtude de sentença que julga procedente uma ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto, e quando devidamente provocado por outra ação direta, decretar a constitucionalidade do dispositivo atacado. Ora, no controle concreto, a decisão é sempre *imutável*, podendo ser alterada somente por meio de ação rescisória. Esses dados somados são um indício de que, na arguição, a coisa julgada *erga omnes* é a coisa julgada do controle abstrato e não do concreto.

Quanto ao efeito vinculante, é preciso tomar cuidado com a interpretação da expressão "em relação aos demais órgãos do Poder Público". É cristalino que a decisão em arguição não tem o condão de vincular o Poder Legislativo. Primeiro porque o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade não alcança o Poder Legislativo, conforme o §2º do art. 102 da CF. Segundo, nem poderia alcançar, sob pena de perversão do próprio princípio da separação dos poderes.[12] Não custa lembrar que foi justamente

[11] "[Q]uando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade". Ministro Sepúlveda Pertence em despacho na Rcl nº 167, *RDA*, 206:246 (247). Cf. MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1408; BINENBOJM. *A nova jurisdição constitucional*: legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 187-188.

[12] Gilmar Mendes, relator da Rcl nº 2.363/PA, *DJ*, 14 abr. 2008, explica que "[...] a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte

em virtude do efeito vinculante, conferido pela Constituição expressamente à ação declaratória de constitucionalidade (e não à ação direta de inconstitucionalidade), que o STF entendeu ser possível o cabimento de reclamação em caso de descumprimento da coisa julgada pelos demais órgãos do Judiciário como garantia da autoridade de sua decisão. E o art. 13 da Lei nº 9.882/1999 prevê o cabimento de reclamação contra o descumprimento da decisão proferida em arguição pelo STF.

Saliente-se, ainda, que o art. 11 da Lei nº 9.882/1999 tem redação igual ao artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, com a única diferença de o primeiro fazer referência ao "processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental". Na arguição, assim como na ADIn e na ADC, as Leis conferem ao Supremo, por maioria de dois terços de seus membros, a prerrogativa de, ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, "tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", "restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Feitas estas considerações, é possível concluir que a decisão definitiva de mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental guarda exatamente a mesma fisionomia de uma decisão em controle abstrato (ADIn e ADC). E mais, na arguição, a decisão cautelar tem efeito vinculante como na ADC.

Diante desse quadro, percebe-se que, ao regulamentar o §2º do art. 102, a Lei nº 9.882/1999 construiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental à imagem e semelhança das ações que inauguram um processo objetivo e substanciam meio especial de provocação da jurisdição constitucional abstrata, com o *único diferencial, que tem sede constitucional, de que a parametricidade não é toda a Lei Fundamental, mas somente os preceitos fundamentais*. Admitindo a constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999, seria difícil não concordar que a arguição tem seu campo de atuação nos vácuos deixados pela ADIn e pela ADC e por isso estaria, em princípio, apta a realizar: (i) um *controle abstrato preventivo* (que foi indiretamente rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição nº 1, em questão de ordem, em que se entendeu que o *veto* não se enquadra no conceito de ato de poder público), (ii) um *controle abstrato repressivo da lei municipal ou da lei distrital quando o Distrito Federal exercitasse competência municipal* (art. 1º, inc. I), considerado silêncio eloquente pelo Supremo Tribunal Federal, quando afirmou que este controle somente seria possível perante o Tribunal de Justiça em face de Constituição Estadual, com possibilidade de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal em se tratando de norma constitucional de reprodução obrigatória, (iii) *um controle*

---

têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no 'caput' e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada. A Transcendência dos Motivos Determinantes e a Força Normativa da Constituição em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame" (Cf. Rcl nº 1.880-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 07 nov. 2002). Ademais, acrescenta Gilmar Mendes: "Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado e eliminado. [...] Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhes plena obediência. [...] É certo, pois, que a não observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado [...]" (MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1403-1405).

abstrato repressivo das leis e atos normativos anteriores à Constituição Federal (art. 1º, inc. I), que o Supremo Tribunal Federal também já rejeitou, em sede de ADIn, considerando que não seria hipótese de inconstitucionalidade superveniente, mas de revogação, e, por fim, (iv) um *controle dos atos do Poder Público de efeitos concretos* (art. 1º) que já foi rechaçado pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ao deixar assentado que somente os atos normativos, gerais, abstratos e impessoais podem ser objeto de impugnação no processo objetivo da jurisdição abstrata, ainda que esta posição já esteja suscitando polêmica por parte da doutrina.[13] E aqui, finalmente, deve-se entender como um lapso do legislador o fato de *não* dotar expressamente a decisão cautelar da ação direta de inconstitucionalidade de efeito vinculante, ao contrário da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação declaratória de constitucionalidade; (v) *um controle abstrato de leis formais incidentes sobre determinadas situações específicas ou pessoas* (leis de efeitos concretos), que o STF recusa-se a fiscalizar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por entender que não se trata de ato normativo (e tal é o caso igualmente das leis orçamentárias). Ainda, não seria demais admitir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser relevante (vi) para o controle dos atos normativos do Poder Público que excedam o campo da legalidade (regulamentos de execução) ou que se insiram na zona cinzenta daquilo que a doutrina tem chamado de discricionariedade técnica (atos normativos das agências reguladoras, *v.g.*). De fato, inexistindo no Brasil uma ação abstrata de controle da legalidade dos atos normativos, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode, na hipótese de violação de cláusula fundamental e identitária da Constituição, permitir uma ação fiscalizadora do Judiciário atualmente não exercitada mercê da jurisprudência da Excelsa Corte.

Tais são as considerações trazidas neste momento, envolvendo especialmente a arguição autônoma. Deixemos a arguição incidental para outra oportunidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 30, jan./mar. 2000.

[13] O autor deste ensaio teve oportunidade de afirmar, em seu livro *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, que as leis formais (constantes do art. 59 da CF) podem ser objeto de impugnação no controle abstrato mesmo quando veiculem dispositivos de efeitos concretos. Comungando desta opinião, conferir a posição de Gilmar Ferreira Mendes (*Curso de direito constitucional*, p. 1193-1196). Sobre o tema, colaciona-se a seguinte jurisprudência: "Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aqueloutras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (*v.g.*, lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. [...] [A] jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas" (ADI nº 40.48 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*-157, 22 ago. 2008; ADI nº 4.049 MC, Rel. Min Carlos Britto, *DJ*, 08 maio 2009, e RE nº 412.921 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*-048, 15 mar. 2011).

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BUZAID, Alfredo. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 30-70, jan./jun. 1962.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 30-58, abr./jun. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. III.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

PÁGINA EM BRANCO

INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA[1]

3.1 Introdução

O presente estudo cuida de um caso concreto: determinada lei estabelece que, a partir de certa data, um órgão da Administração Pública passará a ter um volume muito maior de atribuições transferidas de outro órgão que, dentro dos padrões brasileiros, estava devidamente estruturado.[2] Em tese, o aumento de atribuições é incensurável. Todavia, cotejando a disposição normativa com a realidade que indica, no caso, ausência de condições materiais e humanas, cumpre perguntar se a legitimidade da norma pode ser objeto de questionamento. A temática que enseja reflexão é a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma norma em decorrência de circunstâncias fáticas.

3.2 O exame das condições factuais

Para o enfrentamento da investigação proposta, importa aferir se o órgão que está a receber sensível acréscimo de atribuições tem condições de assumir o novo volume de trabalho determinado por lei. Assim, ganha relevo o exame de dados como, por exemplo, o quadro funcional (número de servidores, existência de carreira de apoio, capacitação dos agentes), as condições materiais (estrutura física de trabalho e suporte para o desempenho das funções), a suficiência das verbas orçamentárias ao órgão vinculadas, o volume de tarefas a serem executadas, a produtividade do órgão

---

[1] Este texto foi escrito com a Procuradora do Trabalho e Ms. Cláudia Honório, e foi publicado na *Revista de Direito do Estado – RDE*, v. 11, p. 85-103, 2008. Houve, também, publicação nas Revistas: *Interesse Público*, v. 55, p. 11-30, 2009. Impresso; *Boletim do Legislativo*, v. 53, p. 537-549, 2009; *Boletim Recursos Humanos*, v. 53, p. 812-824, 2009; e *BDA*, São Paulo, v. 11, p. 1225-1237, 2009.

[2] A OAB ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra lei que transferiu à União a dívida ativa do INSS e do FNDE. O Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional requereu seu ingresso na lide como "amicus curiae", apresentando manifestação na qual procura demonstrar a inviabilidade prática decorrente da lei. Cf. ADI nº 4.068, ajuizada em 14 de abril de 2008 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra o disposto no artigo 16, §1º da Lei Federal nº 11.457/2007.

e as projeções de melhoria da carreira. O modo como se apresentam as circunstâncias fáticas pode, eventualmente, comprometer a legitimidade de uma norma.

Ora, ao aumento das funções deve corresponder uma readequação estrutural do órgão público, isso para que as tarefas continuem a ser desempenhadas em conformidade com os fins que regem a atuação administrativa. Sem tal readequação inexistem condições de desempenhar volume maior de atividades, sendo importante que o Legislador, ao alterar a esfera de atuação dos órgãos da Administração Pública, esteja sempre atento a essa questão.

3.3 A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de segmento normativo

Considerando uma disposição legislativa que, a partir de certa data, estabelece o acréscimo considerável das atribuições de determinado órgão da Administração Pública sem a provisão a tempo, para este órgão, de condições materiais e humanas suficientes, é cabível cogitar da inconstitucionalidade da medida.

A inconstitucionalidade, como ninguém desconhece, pode ser total ou parcial. Da distinção é possível deduzir a regra da divisibilidade dos atos normativos. Ou seja, os atos normativos, para efeito de fiscalização de constitucionalidade, podem sofrer parcelamento. Isso significa a adoção da "*teoria da divisibilidade das leis*, de modo que não se vislumbra dificuldade na pronúncia parcial de inconstitucionalidade de uma lei ou disposição, com a subsistência das partes isentas de vício".[3] Assim, não deverá ser declarada a inconstitucionalidade total de uma lei caso apenas parte dela esteja viciada.

Portanto, há situações nas quais a inobservância de disposição constitucional dá lugar a uma inconstitucionalidade parcial. É o caso suscitado neste estudo. Apesar de o acréscimo de atribuição funcional ser válido — orientado para o melhor funcionamento da máquina pública —, a definição de um prazo incoerente para a concretização da transferência não parece se compatibilizar com os princípios constitucionais da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Ora, o aditamento será inoportuno caso não providenciadas a tempo as condições previstas na própria lei para dar conta do alargamento de atribuições. Na situação, apenas a norma definindo a data impraticável colide com a Constituição Federal, e não toda lei. Pois a lei, no caso, afinal, cuidou do adequado incremento dos meios do órgão, contemplando, inclusive, a criação de novos cargos providos por meio de concurso público. O problema está na data-limite para a transferência de atribuições, tempo descompassado com o incremento dos meios.

Lembre-se ser dispensável que a inconstitucionalidade parcial corresponda a uma parcela autônoma de ato normativo ou mesmo de um preceito (um artigo, parágrafo ou alínea, isoladamente). Nada impede que ocorra a incompatibilidade de um "segmento ou seção ideal"[4] de um artigo, parágrafo ou alínea, como ocorre nesta hipótese, na qual o segmento insere-se numa estrutura normativa em que se localizam também disposições compatíveis com os ditames constitucionais.

Ensina Lúcio Bittencourt que:

> Ainda que as prescrições inconstitucionais se encontrem num mesmo artigo em que se achem outras consideradas compatíveis com a Constituição, a regra pode prevalecer,

[3] MENDES. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos, p. 281.

[4] MOREIRA; CANOTILHO. *Fundamentos da Constituição*, p. 269.

> julgando-se estas últimas plenamente eficazes, desde que possam permanecer por si próprias, separadas e distintas, sem que se considerem afetadas pela ineficácia das outras.[5]

A declaração de inconstitucionalidade da norma dispondo sobre o momento (data-limite) não afetará as disposições cuidando da transferência das atribuições.

Interessante ressaltar que, mesmo tendo o Legislador previsto a readequação estrutural do órgão que está a sofrer incremento nas suas atribuições, o acréscimo no volume de trabalho apenas poderá operar efeito a partir da real e efetiva implementação das condições materiais necessárias para o desempenho satisfatório da atividade.

Nesse sentido, ganha relevância o precedente em que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal considerando as condições fáticas de implementação do programa normativo:

> Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do §5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.[6]

Enquanto não organizadas e estruturadas as Defensorias Públicas em nível adequado, entendeu corretamente a Corte ser temerário deixar de conceder prazo em dobro para recurso. Sem o prazo dilatado, diante das condições de trabalho existentes no âmbito das Defensorias, o volume de afazeres seria de impossível gerenciamento, situação que impossibilitaria a entidade de desempenhar adequada e satisfatoriamente suas funções (essenciais à justiça), podendo desapontar a sociedade e prejudicar o próprio Estado.

O mesmo raciocínio cabe no caso: enquanto não suficientemente organizado e estruturado o órgão da Administração Pública, não pode receber maior volume de atribuições.

Declarada a inconstitucionalidade da data de início do acréscimo de atribuições, surgirá uma lacuna quanto ao termo inicial. Neste caso, há de se perquirir se o vazio já foi suprido pelo próprio Legislador (mesmo indiretamente), caso exista previsão normativa de readequação da estrutura e da carreira do órgão público em comento. Havendo tal determinação, caberá ao Judiciário, sendo provocado, apenas confirmar a solução dada pelo Legislador.

Será o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma que contém uma prescrição ao invés de outra, devendo ser adotada a interpretação adequada à Constituição. Tais decisões, segundo Roberto Bin e Giovanni Pitruzella, são aquelas nas quais "a Corte declara a ilegitimidade duma disposição legislativa *na parte em que prevê X ao invés de Y*. Com aquelas, a Corte 'substitui' uma locução da disposição, incompatível com a Constituição, por outra, constitucionalmente correta".[7]

Ressalte-se que este modo de atuação judicial de forma alguma modificará o sentido da lei, pois o próprio Legislador já atribuiu aquele que será apenas confirmado. Nesse particular, não há razão para equiparar a atividade do Tribunal à do Legislador.

---

[5] BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 126-127.

[6] HC nº 70514/RS, julgado em 23.03.94 pelo STF, sendo relator o Ministro Sydney Sanches. *DJ*, p. 30225, 27 jun. 1997.

[7] BIN; PITRUZZELA. *Diritto costituzionale*, p. 425, tradução livre.

Com efeito, cumpre nesta altura lembrar Edílson Pereira Nobre Júnior, para quem "O complemento introduzido pelas decisões em exame, além de efeito indireto da declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela".[8]

Observa-se como legítima a atuação do magistrado, pois:

> [...] ao contrário do que acontece com o Legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discrição àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação legislativa, sem embargo de inexistir típica ação legislativa.[9]

Quando o Legislador não tiver indicado elementos para preencher a lacuna derivada da declaração de inconstitucionalidade, caberá ao magistrado atuar positivamente, fixando um momento adequado para o acréscimo de funções do órgão estatal. A supressão de lacuna em declaração parcial de inconstitucionalidade já foi operada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, nos quais foi conferida nova interpretação ao instituto da fidelidade partidária. Também foi a resposta mais adequada para lidar com a inconstitucionalidade da "cláusula de barreira" instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.096/1995, no julgamento das ADIs nºs 1.351 e 1.354. Logo, inexiste impedimento à providência. Sabe-se que há muito a jurisdição constitucional deixou de exercer apenas o papel de um Legislador negativo.[10] Por essa razão, observa Cristina Queiroz que os tribunais constitucionais assumem cada vez mais funções criativas, por meio de sentenças interpretativas (aditivas e substitutivas, por exemplo), decorrentes das mudanças institucionais ínsitas ao Estado Democrático e Social.[11]

Portanto, pode-se cogitar a formulação de declaração da inconstitucionalidade incidente sobre o segmento normativo que cuida da data de início do acréscimo de atribuições a um determinado órgão público, substituindo-se o texto viciado, por exemplo, pela disposição: "A partir da reestruturação do órgão, nos moldes dos artigos X e Y desta Lei", ou por outro momento fixado pelo Judiciário.

3.4 O princípio constitucional da eficiência

Considera-se que o escopo principal da alteração do quadro de atribuições de um determinado órgão é reorganizar a Administração, mediante a adoção de medidas que promovam maior *eficiência* no desempenho das funções públicas. A necessidade de maior eficiência traduz-se no incremento da racionalização e da otimização dos trabalhos, tendo em vista o aperfeiçoamento dos sistemas de controle e de atendimento que uma concentração de atribuições em um determinado órgão geraria.

---

[8] NOBRE JÚNIOR. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, p. 124.

[9] NOBRE JÚNIOR. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, p. 130.

[10] A ideia do juiz como legislador negativo atribui-se a Kelsen; de acordo com tal suposição, o julgador, na sua missão de guardar a Constituição, não poderia ir além da invalidação da norma que a contraria.

[11] QUEIROZ. *Direitos fundamentais*: teoria geral, p. 238.

O aumento de atribuições, muitas vezes decorrente da unificação de setores, tem diversas vantagens, tais como o aumento da força de trabalho, a melhor prestação dos serviços demandados pela sociedade e a racionalização das estruturas administrativas.

A despeito desses benefícios, importa destacar que as medidas de transferência e aumento de atribuições legitimam-se pela necessidade de conferir maior eficiência à atuação da Administração Pública.

José Afonso da Silva esclarece que a eficiência administrativa é satisfeita mediante o adequado emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais), para melhor satisfazer às necessidades coletivas.[12] Trata-se da utilização dos melhores meios sem se distanciar dos objetivos da Administração Pública, com a finalidade de atingir a satisfação do interesse público. Portanto, como defende Ubirajara Costódio Filho, "a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis".[13]

Em sentido análogo, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o princípio da eficiência pode ser compreendido sob dois aspectos:

> [...] podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.[14]

Em obra recente,[15] Diogo de Figueiredo Moreira Neto investiga a transformação sofrida pela ação administrativa do Estado, enfatizando as novas referências paradigmáticas que, somadas às anteriores (existência, validade e eficácia), pautam a Administração Pública: legitimidade, finalidade, eficiência e resultado. Sobre a eficiência, o autor sublinha o seguinte:

> Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como o incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento de lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um *complexo de resultados em benefício da sociedade* — portanto, uma *eficiência socioeconômica* — um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.[16]

É evidente a preocupação com a obtenção de resultados, mais do que isso, resultados adequados aos comandos constitucionais e à realidade social. Nesse sentido, para alcançar os resultados almejados, a Administração Pública deve empregar meios que efetivem o princípio da eficiência nos órgãos públicos, como a capacitação de agentes e

---

[12] SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 655-656.

[13] COSTÓDIO FILHO. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 214.

[14] DI PIETRO. *Direito administrativo*.

[15] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados.

[16] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 103.

a adequada oferta de condições materiais de trabalho (pessoal de apoio, infraestrutura, material de trabalho, etc.). As lições de Moreira Neto frisam a necessidade de apoio material à atuação administrativa eficiente:

> [...] a *eficiência* na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada, como de fato o é (art. 37, CF), mas ser interpretada como um *mandamento constitucional inafastável*, de modo que o *devido processo legal*, por meio do qual se realiza a gestão pública, a aparelhe com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos, verificações etc.) necessários para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, *até efetiva realização dos resultados*.[17]

Considerando as condições de atuação da Administração, o autor argumenta que a ideia de eficiência tem várias implicações, sendo uma delas "o próprio conteúdo da *competência*, entendida esta não apenas como um complexo de *atribuições funcionais* cometidas a um órgão ou a um agente, mas como um *meio para lograr os resultados legitimamente esperados*".[18] Assim, também a distribuição de competências entre os órgãos estatais deve ser eficiente. O aumento de atribuições do órgão público, na situação em estudo, não foi eficiente, pois sua operacionalização ocorreu em momento inoportuno (eis que ausentes condições materiais e humanas em quantidade e qualidade suficientes para o desempenho das novas funções).

O princípio da eficiência vincula a administração e, mais do que isso, toda a atuação estatal. Impõe o aperfeiçoamento dos serviços prestados, busca otimizar os resultados e atender o interesse público com os maiores índices de adequação, eficácia e satisfação possíveis. Assim, o Estado deve estar atento às suas estruturas, redesenhando-se constantemente, de modo a evitar a manutenção de órgãos e entidades desnecessárias ou que não mais atendam aos anseios da população.

Não é possível, por outro lado, deixar de relacionar a eficiência com o princípio da continuidade dos serviços públicos. Ao lado da prestação eficiente, o Estado não pode descurar da contínua prestação de seus serviços à sociedade. Pertinente, para a situação em exame, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O *princípio da continuidade do serviço público* é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, oriunda do princípio fundamental da "indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos" [...]. Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias. [...] O interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação. Também por isso não podem as pessoas administrativas deixar de cumprir o próprio escopo, noção muito encarecida pelos autores. São obrigadas a desenvolver atividade contínua, compelidas a perseguir suas finalidades públicas.[19]

---

[17] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 126.

[18] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 111.

[19] BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 81.

Logo, se atribuídas mais tarefas a um órgão do Poder e ele se desincumbir, haverá quebra da eficiente continuidade de atividade estatal relevante, afetando seriamente o interesse público.

Ao ser considerado o âmbito de proteção do princípio da eficiência (que envolve a continuidade do serviço, como ressaltado), resta dizer que sua observância pela Administração Pública é passível de controle jurisdicional.[20] No mesmo sentido, Moreira Neto defende que "a *obrigação de atingir resultados qualificados pela legitimidade e pela eficiência*, tanto nos meios quanto nos fins, *que efetivamente executem as diretrizes constitucionais*, possa ser objeto de *controle judicial*".[21]Afinal, "é *dever constitucional* de o Estado atingir *efetivamente os resultados* que concorram para o atendimento de seus cometimentos públicos".[22]

O princípio constitucional da eficiência administrativa deve ser pensado através do "contraste entre os resultados atribuíveis à ação administrativa em vista das previsões normativas; relação entre o concretamente realizado e a perspectiva ideal da atividade administrativa".[23] A eficiência administrativa impõe que o cumprimento da lei seja concretizado com o mínimo de ônus sociais, com a finalidade de atender ao interesse público de forma ideal, sempre em benefício do cidadão.

Nesse sentido, para prestar obediência ao princípio constitucional da eficiência administrativa, os efeitos decorrentes da aplicação da lei devem espelhar mais que a legalidade; devem concretizar o interesse público. De nada adiantaria a aplicação de normas cujos efeitos se dessem à revelia do interesse social e, nesse sentido, violassem o princípio da eficiência. Pertinente, portanto, o argumento de Moreira Neto:

> Presumidamente, toda ação, seja pública ou privada, deve ser *eficiente*, de outro modo não atingirá o resultado que dela se espera. Mas este logro de resultados, que até certo ponto possa ser meramente *dispositivo* na gestão privada de interesses, é rigorosamente *mandatório*, quando referido à gestão de interesses públicos pelo Estado.[24]

Para lograr os melhores resultados com a atuação estatal, e, consequentemente, constatar o respeito ao princípio da eficiência, a verificação dos efeitos da aplicação da lei é de suma importância. Por essa razão, Moreira Neto sustenta ser indubitável a consideração do futuro na norma jurídica, "o que a faz merecedora de uma cuidadosa atenção *prospectiva*, tanto por parte dos seus elaboradores, quanto dos seus aplicadores".[25] Nessa avaliação prospectiva insere-se o exame dos resultados que podem ser alcançados pela norma. A experiência de uma norma pode demonstrar sua contradição com a perspectiva ideal da atividade administrativa e, muitas vezes, o controle de determinada norma só é possível se forem considerados seus efeitos práticos.

É essa contradição que se observa do cotejo entre o termo inicial de transferência ou do aumento de atribuições e o princípio da eficiência, estampado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. As mudanças provocadas pelo dispositivo normativo

---

[20] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 121. No mesmo sentido: GASPARINI. *Direito administrativo*, p. 88-89.

[21] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 130.

[22] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 130.

[23] MOREIRA. *Processo administrativo*: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999, p. 194.

[24] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 126, grifos nossos.

[25] MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo*, p. 137.

em relação ao órgão público, fixadas em termos incoerentes, ou seja, sem a tomada das providências necessárias quanto às condições de trabalho frente aos novos desafios trazidos pela lei, são incompatíveis com a referida busca de maior eficiência.

Desse modo, a análise da situação fática criada pelo incremento antecipado do volume de atribuições demonstra um contraste negativo (verdadeira contradição) entre o ideal orientador da norma — eficiente desempenho — com o mundo dos fatos. Isso ocorre na medida em que se constate a insuficiência de meios que o órgão dispõe para exercer de forma ótima as novas atribuições.

Pode-se afirmar, a partir da noção de eficiência elucidada pela doutrina, e diante dos fatos decorrentes da aplicação da norma, que há ofensa ao princípio constitucional da eficiência. Dito de outra maneira, enquanto o ideal normativo visa à eficiência, os efeitos práticos da aplicação da norma vão de encontro a esse ideal, na medida em que obstaculizam referida eficiência pela impossibilidade de o órgão público atender, a partir de data despropositada, ao alargamento funcional proposto.

Também é possível tentar suscitar, como referido, a ofensa ao princípio da continuidade do serviço público. Pois, caso seja realizada a transferência de atribuições na data definida pelo Legislador, sem que os meios tenham passado pelo processo de adequação, simplesmente emergirá um cenário de acentuada deficiência em relação ao desempenho das atividades. Ora, tal resultado é prejudicial não só para o Estado como para a sociedade.

Assim, para corrigir o descompasso entre a atuação do Legislador e o princípio constitucional da eficiência, mostra-se como solução adequada a declaração de inconstitucionalidade do termo inicial fixado na lei, devendo, por consequência, ser definido outro momento, posterior à reestruturação do órgão administrativo, para a satisfação do propósito legal de transferência de atribuições.

3.5 Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade

A data referida na lei em questão pode se incompatibilizar não apenas com o princípio da eficiência, mas também com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Humberto Ávila, ao tratar do tema dos princípios, cuida também dos assim designados postulados normativos aplicativos. Tais postulados, segundo o festejado jurista, substanciam metanormas, residem em um grau distinto das demais normas, prestando-se mesmo para a estruturação da aplicação destas. Os postulados normativos, então, apresentam-se como "deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles".[26] São exemplos de postulados específicos: a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. Os dois últimos interessam para o caso em exame. Sobre a razoabilidade, Ávila enfatiza três concepções:

> Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é

[26] ÁVILA. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 85.

> empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.[27]

Carlo Lavagna, por sua vez, afirma ser a razoabilidade indispensável para realização concreta dos comandos normativos abstratos. Assim, desdobra-se em:

> a) a correspondência com situações e contextos humanos; b) o juízo de finalidade, que estabeleceria parâmetro de redução do fim da lei ao fim constitucional prevalecente; c) o juízo de pertinência ou de instrumentalidade que deveria existir entre os meios normativos assumidos e os fins a atingir; e d) o juízo de congruência, sobre a idoneidade — técnica ou valorativa dos meios escolhidos pelo legislador para realizar os fins constitucionais.[28]

Em sentido próximo, San Tiago Dantas[29] tratou da razoabilidade estabelecendo máximas, como é o caso da "evidência e compatibilidade com a natureza das coisas":

> [...] importa em dever de o legislador adotar leis que sejam conformes ou compatíveis com a "essência" ou "natureza" da coisa, do homem, das relações sociais, das relações econômicas, das relações familiares, enfim, *do objeto regulado*, valendo-se das contribuições das "ciências auxiliares ao Direito". Não se pode enxergar aqui uma tentativa de hipostasiar determinada concepção de mundo ou "naturalizar" relações de dominação. Cuida-se, ao contrário, de duas ordens dirigidas ao legislador: uma, de que se informe sobre o objeto a ser disciplinado, conheça-o em sua lógica e dinâmica; outra, que evite artificialismos. Ambas que se projetam no tempo para evitar ineficácia legislativa futura.[30]

Todas as referências colhidas explicitam que as normas devem recorrer a um suporte empírico existente. Significa dizer que a normativa deve ser examinada com seu entorno. De acordo com Ávila: "Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas [...]. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal".[31]

Com efeito, para o referido autor,

> A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.[32]

---

[27] ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 95.

[28] LAVAGNA. Ragionevolezza e legittimità constituzionale. *In*: *Studi in memoria di Carlo Esposito apud* SAMPAIO. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. *In*: SAMPAIO (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 58.

[29] DANTAS. Igualdade perante a lei e *due process of law*. *In*: DANTAS. *Problemas de direito positivo*: estudos e pareceres, p. 37.

[30] SAMPAIO. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional, p. 61.

[31] ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 99.

[32] ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 102.

Luís Roberto Barroso, por seu turno, assevera que "é *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar".[33] Consequentemente, uma disposição normativa que não esteja em harmonia com a realidade circundante não será razoável.

Gustavo Ferreira Santos entende que a razoabilidade "age como legitimadora dos fins que o legislador ou o administrador escolhem para o seu agir".[34] O autor prossegue, sustentando a possibilidade de controlar a constitucionalidade dos atos estatais com base no princípio da razoabilidade: "A razoabilidade necessita escorar-se no Texto Constitucional, sendo imprescindível a sua derivação da cláusula do devido processo, pois o reconhecimento de uma inconstitucionalidade baseada no princípio da razoabilidade não necessariamente será referida a um outro dispositivo constitucional".[35] Logo,

> [...] a irrazoabilidade de um ato não é o resultado da ofensa explícita a outras normas constitucionais, bastando não ser o ato razoavelmente justificável no sistema. Uma lei determinada que seja assim caracterizada será considerada inconstitucional pela pura e simples ofensa ao conteúdo material da cláusula do devido processo legal.[36]

Importa reforçar, então — considerando o necessário exame da razoabilidade, no sentido da congruência da norma com a realidade —, que "[...] até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os preceitos constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional".[37] Cumpre bem considerar "a realidade normada, os fatos que embasam (tornam verossímil) o comando textual normativo".[38] O concreto é fundamental para a compreensão do direito; deve-se permitir o influxo dos fatos na norma jurídica. Nesse sentido, Eros Grau chama atenção para "a importância do relato dos fatos (= narrativa dos fatos a serem considerados pelo intérprete) para a interpretação".[39]Ou seja, deve haver uma correspondência entre "a disciplina legal ou a sua justificativa e o âmbito material de incidência, os fatos e situações por ela pressupostos ou a sua configuração na realidade".[40]

No mesmo passo, Barroso e Barcellos enfatizam a importância, para a interpretação, das consequências práticas derivadas da incidência da norma:

> Embora princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase (detecção, no sistema, das

---

33 BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 204.

34 SANTOS. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: limites e possibilidades, p. 128.

35 SANTOS. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: limites e possibilidades, p. 128.

36 SANTOS. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: limites e possibilidades, p. 128-129.

37 MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1072.

38 TAVARES. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*, p. 64.

39 GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 27.

40 SAMPAIO. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. *In*: SAMPAIO (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 89-90.

> normas relevantes para a solução do caso) poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.[41]

A interpretação, portanto, deve considerar o caso concreto. Por isso, a validade da norma é aferida não apenas no plano abstrato, mas também considerando o eventual resultado decorrente. A solução adequada, em conformidade com a vontade constitucional, somente pode ser alcançada por meio da investigação do impacto do resultado sobre a realidade.[42] A partir da interpretação concreta da lei, atribuindo relevância a aspectos econômicos e sociais, pode-se melhor reconhecer os limites da tutela jurídica prevista.[43]

Nesse sentido, ressalta Ávila que

> Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.[44]

Esclarece ainda que "a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral".[45]Aplicando a lição ao caso em exame, tem-se que o segmento de norma, apesar de estar no bojo de dispositivo que prevê adequadamente o acréscimo de atribuições para um órgão público, não pode ser aplicado caso permaneçam insatisfeitas as condições previstas em sua hipótese (falta de estrutura).

Ainda, a razão que motiva a própria regra — a eficiência — será violada se aplicada a norma. É por isso que se admite a existência de "[...] situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar".[46]

O Legislador deve perceber adequadamente o objeto disciplinado, considerando a realidade que sofrerá a incidência da norma.

É plausível conectar razoabilidade e proporcionalidade.[47] Como nota José Adércio Leite Sampaio, "O regramento proporcional, tanto em sentido vulgar, quanto em sentido técnico, é elemento indispensável de todo legislador razoável".[48] Constatado que

---

41 BARROSO; BARCELLOS. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *In*: LEITE (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, p. 117-118.

42 Sobre a influência do resultado produzido pela decisão do tribunal constitucional, conferir: GARCIA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 183 *et seq*.

43 CACHAPUZ. Bem de família: uma análise contemporânea. *Revista dos Tribunais*, p. 50.

44 ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 97-98.

45 ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 98.

46 ÁVILA. *Teoria dos princípios*, p. 60.

47 Para Vitalino Canas (Proporcionalidade [princípio da]. Separata de: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, p. 57), a razoabilidade é um teste intermediário de proporcionalidade. A doutrina não é pacífica sobre as relações entre proporcionalidade e razoabilidade. Há quem sustente ser a proporcionalidade elemento da razoabilidade e quem, ao contrário, entenda a razoabilidade como parte da proporcionalidade. Também existe quem defenda a equivalência entre as duas noções.

48 SAMPAIO. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional, p. 65.

o termo inicial do acúmulo de atribuições determinado por lei sem a devida e prévia contrapartida estrutural não se reveste de razoabilidade, é possível afirmar que também não é proporcional ao fim pretendido.

A proporcionalidade substancia norma constitucional não escrita derivada do Estado Democrático de Direito (na doutrina germânica) ou do princípio do devido processo legal (entendimento norte-americano) ou mesmo do princípio da isonomia (como entende, por exemplo, Paulo Bonavides).[49] É amplamente aceito como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho afirma que a

> [...] ausência de uma referência explícita ao princípio no texto atual (da) Carta não representa obstáculo algum ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como "norma fundamental" se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo "posta" (positivada) e "pressuposta" (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).[50]

Calha, na altura, a afirmação de André Ramos Tavares no sentido de que a "proporcionalidade, numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade".[51]

Logo, tem-se que os atos estatais, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (Alexy),[52] devem, sob pena de invalidade, ser *adequados* (apropriados), *necessários* (exigíveis) e *proporcionais* (justa medida). É sob tal constatação que Raquel Stumm afirma que o princípio da proporcionalidade "Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência ao conteúdo do princípio da proporcionalidade",[53] composto pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ávila apresenta útil síntese do princípio: o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, entre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.[54]

O teste a ser realizado para a aferição da constitucionalidade da lei envolve o transitar por três níveis de análise: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Verifica-se que o termo inicial estabelecido pelo Legislador não passa pelo teste.

---

[49] "A noção mesma (de proporcionalidade) se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito" (BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 395).

[50] GUERRA FILHO. Sobre o princípio da proporcionalidade. *In*: LEITE (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, p. 249-250.

[51] TAVARES. *Curso de direito constitucional*, p. 657.

[52] "[...] la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de todo-o-nada, sino de una tarea de optimización" (ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 166).

[53] STUMM. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 121.

[54] ÁVILA. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 101-102.

No exame da adequação, "meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim",[55] o que significa dizer que os meios manejados devem manter uma equação razoável com o fim almejado; devem, antes de tudo, ser adequados para alcançar o fim pretendido.

Com efeito, determinar o aumento de atribuições para um órgão público, a partir de determinado momento, sem que existam condições para a realização do novo e maior volume de trabalho, significa não atender ao princípio da proporcionalidade. Considerada a realidade brasileira, suponha-se que o órgão público em comento já opere em condições humanas e materiais insuficientes. Sobrecarregá-lo será absolutamente inadequado, ainda mais caso se pretenda, com isso, alcançar maior eficiência.

A data definida pelo Legislador, de acordo com as condições expostas, não atende à realidade de insuficiência das condições humanas e materiais de trabalho do órgão.

3.6 Considerações finais

Foi analisado o caso concreto de uma lei que determinou o aumento considerável de atribuições de específico órgão da Administração Pública, a partir de um preciso momento. Concluiu-se que referido acréscimo funcional não pode operar efeitos sem a real e efetiva readequação das condições de trabalho (recursos humanos e materiais) existentes no órgão, situação que foi, inclusive, considerada pelo Legislador. Este, porém, ao exercer sua função constitucional típica, deve atentar para a realidade sobre a qual incidirá a norma. Ora, havendo um descompasso inaceitável entre o determinado pela Lei e o observado no mundo dos fatos, estará afetada a legitimidade da norma, sendo possível sustentar sua inconstitucionalidade.[56]

No caso específico trazido a exame, aumentar o volume de trabalho de um órgão sem conferir condições para seu desempenho vai de encontro aos princípios constitucionais da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Por essa razão, apontou-se como solução a declaração de inconstitucionalidade do termo inicial do referido acréscimo, cabendo ao Tribunal, na mesma decisão, sendo provocado, determinar o termo inicial mais adequado. Infere-se, portanto, que o Direito deve ser adequado ao contexto de sua aplicação, sob pena de o desencontro entre o ser e o dever ser implicar em um não ser.

---

[55] CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 270.

[56] Um questionamento que poderia ser suscitado com as afirmações trazidas é quanto à caracterização da hipótese tratada neste estudo como um caso de legislação simbólica. Poder-se-ia argumentar, com Marcelo Neves, que, "quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica" (*A constitucionalização simbólica*, p. 31). Nesse sentido, cabe analisar o que vem a ser uma legislação compreendida como simbólica. A legislação simbólica caracteriza-se por ser uma descontinuidade entre o direito e a realidade. O traço distintivo é que seu significado "político-ideológico" latente prevalece sobre o seu significado normativo-jurídico aparente. Em outras palavras, trata-se da legislação que aparenta ser o meio indispensável para alcançar determinados fins (principalmente mudanças sociais), mas que em verdade serve para outra finalidade (política, ideológica), como confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado ou apenas adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. O conceito atribuído por Marcelo Neves à legislação simbólica é o seguinte: "pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico" (*A constitucionalização simbólica*, p. 30). Considerando a hipótese ora examinada, cabe deixar claro que não se trata de legislação simbólica. A norma em comento remodelou atribuições de órgão da Administração Pública para atingir a finalidade de obter maior eficiência. Sua função instrumental evidentemente prevalece sobre eventual função política ou ideológica. A hipótese, portanto, é antes de descompasso entre o meio utilizado (transferência de atribuições a partir de momento inadequado) e os fins pretendidos (maior eficiência).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BIN, Roberto; PITRUZZELA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Bem de família: uma análise contemporânea. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 770, p. 23-52, dez. 1999.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade [princípio da]. Separata de: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1994. v. 6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. *In*: DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

LAVAGNA, Carlo. Ragionevolezza e legittimità constituzionale. *In*: *Studi in memoria di Carlo Esposito apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo*: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun. 2006.

QUEIROZ, Cristina M. *Direitos fundamentais*: teoria geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

PÁGINA EM BRANCO

ADI Nº 1.856/RJ – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE REGULAMENTA A DENOMINADA *RINHA DE GALO* COMO ESPORTE. COMENTÁRIO[1]

4.1 O caso

O Supremo Tribunal Federal, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, tendo antes concedido cautelar para suspender a sua execução, declarou a inconstitucionalidade total da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. A lei fluminense foi editada com o propósito de autorizar a realização de exposições e de competições entre aves não pertencentes à fauna silvestre, mais particularmente aquelas de raças combatentes da espécie *gallus-gallus*. Cuidava, portanto, de disciplinar e legitimar, no território do Estado do Rio de Janeiro, as conhecidas *rinhas de briga de galos*, a pretexto de proteger o patrimônio genético da espécie ou, mesmo, referidas práticas compreendidas enquanto manifestação cultural de uma determinada comunidade.

A ação foi aforada pelo Procurador-Geral da República sustentando que a lei impugnada "possibilita a prática de competição que submete os animais a crueldade, como é cediço dizer em se tratando de rinhas de brigas de galos, em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais". Argumentou, mais, o Procurador-Geral da República, no sentido de que o especificado na Lei revelava-se em antinomia flagrante com o texto constitucional, "na medida em que se afastou o legislador estadual da observância ao princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*)".

A Assembleia Legislativa do Estado se pronunciou, como é natural, em defesa da Lei, argumentando, em síntese, que (i) a regulamentação confere ao Poder Público a possibilidade de controlar e fiscalizar a atividade, particularmente as associações e federações esportivas do setor, implicando, apontada iniciativa, a satisfação de regras de natureza sanitária ou de segurança. Mais do que isso, nas comunidades do interior do Estado, (ii) a atividade possui dimensão social, apresentando-se, inclusive, como forte fator de integração, sendo certo que no território estadual há mais de cem rinhas e setenta centros esportivos. Não há, por outro lado, (iii) afronta ao especificado no

[1] Texto publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo (v. 915, p. 414-420, 2012. Impresso).

art. 225, *caput*, c/c parágrafo 1º, VII, da Lei Fundamental. Isto porque a) os animais domésticos, como é o caso do galo combatente, ao contrário dos silvestres, não residem no âmbito material de proteção da disposição constitucional. Por outro lado, b) o conteúdo semântico do dispositivo constitucional constante do parágrafo 1º, VII do art. 225 da Constituição, segundo o qual encontram-se vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade, tem o sentido de "coibir práticas em que há ação do homem contra o animal, assim como ocorre na caça, no tiro ao pombo, na conhecida farra do boi. Na hipótese do chamado 'galismo' as aves lutam sem qualquer interferência direta do homem; brigam por seu espírito atávico, nada havendo a forçá-las a combater".

O Governador do Estado, por seu turno, argumentou que o dispositivo constitucional invocado como parâmetro para o pedido de invalidação, em sede de controle abstrato, do ato legislativo fluminense é de eficácia limitada. Daí porque, na linha de sua argumentação, as práticas cruéis devem ser definidas "na forma da lei". Ora, "a natureza limitada da eficácia do comando constitucional imprescinde da definição de quais são essas práticas que, ademais, uma vez fixadas, se transgredidas, ensejariam uma hipótese de 'ilegalidade' e não de 'inconstitucionalidade'". Não há, pois, segundo o Governador, no texto impugnado, ofensa ao texto constitucional, que, bem ao contrário, traz regras de preservação e de poder de polícia, "para a segurança de eventos que envolvem a participação de grande número de indivíduos, ordenando uma das formas de convívio social".

Reafirmando, no geral, os argumentos de fundo já apresentados na exordial, pelo Procurador-Geral da República e, nas informações, pelos órgãos responsáveis pela edição do ato impugnado, o Advogado-Geral da União se pronunciou pela constitucionalidade da lei, tendo o Ministério Público Federal opinado pela procedência do pedido.

4.2 O problema de fundo e a solução

Sendo certo que a matéria em discussão, nos termos da normativa constitucional, é de natureza concorrente, devendo a União dispor sobre normas gerais e o Estado-Membro legislar com sustentação na sua competência supletiva ou complementar, cumpre saber se, no caso, o Legislativo do Rio de Janeiro legislou com acerto. Os argumentos deduzidos pela Assembleia Legislativa e pelo Governador do Estado são, em apertada síntese, reitere-se, os seguintes:

1. A regulamentação decorrente da lei hostilizada estaria a conceder ao Poder Público Estadual a possibilidade de exercer o Poder de Polícia sobre a atividade, exigindo, inclusive, a satisfação de padrões sanitários e de segurança;
2. A atividade dotada de dimensão social se apresentaria como forte fator de integração comunitária. Envolveria, portanto, manifestação cultural exigente de proteção nos termos constitucionais;
3. As disposições constitucionais de natureza ambiental protegeriam apenas a fauna silvestre, sendo certo que o galo de combate é ave doméstica;
4. A disposição constitucional proíbe as práticas do ser humano que impliquem crueldade contra os animais e não aquelas atávicas, naturais no animal;
5. O comando residente no art. 225, parágrafo 1º, VII, da Constituição substanciaria norma de eficácia limitada, razão pela qual a lei estadual impugnada, tratando da matéria, não estaria a colidir com a Lei Fundamental. Antes, estaria a concretizá-la.

Todos os argumentos, na linha, aliás, dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, foram refutados. Deixemos, por ora, de lado argumento de número 2, segundo o qual a atividade envolveria manifestação cultural a reclamar, nos termos da Constituição, proteção do Poder Público.

Entendeu a Excelsa Corte, em sintonia com a sua jurisprudência (por exemplo: RE nº 153.531/SC, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio; ADI nº 2.514/SC, Rel. Min. Eros Grau e ADI nº 3.776/RN, Rel. Min. Cezar Peluso), que o dispositivo constitucional (art. 225, parágrafo 1º, VII) veda a prática de crueldade contra os animais em geral e, portanto, não apenas contra os da fauna silvestre. Logo, os animais domésticos também residem no âmbito de proteção da norma constitucional. Não caminha em direção distinta a melhor doutrina, a maior parte dela citada no bem lançado Acórdão. E doutrina e jurisprudência, por outro lado, estão ajustadas à conformação normativa definida pelo Legislador. Com efeito, a Lei Federal nº 9.605, de 12.02.1998, no art. 32, tipificou várias condutas (abuso, maus-tratos, mutilação, etc.) como crime, *praticadas contra animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos*. De modo que há, hoje, consenso em relação ao âmbito material de incidência da norma constitucional proibitiva das práticas de crueldade contra a fauna.

Por outro lado, pouco importa se a crueldade decorre de ação direta do ser humano (como na farra do boi) ou do enfrentamento entre animais (briga de galo). Havendo crueldade em ação dirigida, ainda que de modo indireto pelo ser humano, há incidência da norma constitucional vedatória. Não pode, portanto, o legislador estadual agir para autorizar o que está proibido pela Lei Fundamental e, agora, também, pelo legislador federal, a quem compete legislar privativamente sobre direito penal.

Mas dizer que a briga de galo é atávica, não envolvendo, propriamente, ação humana é inexato. Ora, na prática os animais são provocados pelo homem, que os colocam na arena para uma luta até a morte de um deles. Envolve atos de crueldade. Para esse momento de luta, as aves são preparadas, sendo cristas e barbelas podadas sem anestesia. O bico e as esporas são reforçados com metal, e a luta não é concluída enquanto um deles não morrer. O Acórdão reproduz fragmento de manifestação nos autos da ApCiv nº 479.743/PE (TRF-5º Reg.), da lavra do Procurador-Regional da República Dr. Wellington Cabral Saraiva, no qual há menção a documento encaminhado pela advogada Edna Cardozo Dias, membro da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama), com pedido de aforamento de ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei do Estado do Rio de Janeiro autorizadora da prática de rinha de galo. Nele, a advogada relata o tratamento ao qual a ave é submetida. O relato causa forte impacto no leitor:

> Da preparação à rinha – Por volta de um ano o galo já está preparado para a briga e passará por sessenta e nove dias de trato. No trato, o animal é pelinchado — o que significa ter cortadas as penas de seu pescoço, coxas e debaixo das asas —, tem suas barbela e pálpebras operadas. Iniciou, pois, uma vida de sofrimento, com treinamento básico. O treinador, segurando o animal com uma mão no papo e outra no rabo, ou então, segurando-o pelas asas, joga-o para cima e deixa-o cair no chão para fortalecer suas pernas. Outro procedimento consiste em puxá-lo pelo rabo, arrastando-o em forma de oito, entre suas pernas separadas. Depois, o galo é suspenso pelo rabo, para que fortaleça suas unhas na areia. Outro exercício consiste em empurrar o animal pelo pescoço, fazendo-o girar em círculo, como um pião. Em seguida, o animal é escovado para desenvolver a musculatura e avivar a cor das penas, é banhado em água fria e colocado ao sol até abrir o bico, de tanto cansaço. Isto é para aumentar a resistência. [...] O galo passa a vida aprisionado em

> gaiola pequena, é privado de sua vida sexual normal, só circulando em espaço maior nas épocas de treinamento [...]. Chega a hora do galo ser levado às rinhas. Depois da parelha (escolha dos pares), vem o topo, que é a aposta entre dois proprietários. São, então, abertas as apostas e as lambujas. Os galos entram no rodo calçados com esporas postiças de metal e bico de prata (o bico de prata serve para machucar mais ou substituir o já perdido em luta). A luta dura 1h 15 min com quatro refrescos de 5 min. Se o galo é "tucado" (recebe golpe mortal) ou é "meio-tucado" (nocaute), a platéia histérica aposta lambujas, que são apostas com vantagens para o adversário. [...] Tudo isso comprova que as brigas de galos são cruéis [...].

Entendeu, portanto, o Supremo Tribunal Federal, de modo acertado, que a crueldade praticada nas rinhas de *briga de galo* reclama o mesmo tratamento constitucional que sofreu a proscrita *farra do boi*.

Por outro lado, o entendimento segundo o qual a disposição do art. 225, §1º, VII, da Constituição, é de eficácia limitada não impressiona. É verdade que de acordo com o comando normativo em questão incumbe ao Poder Público "proteger a fauna e a flora, vedadas, *na forma da lei*, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou *submetam os animais a crueldade*". Ora, há lei federal (Lei nº 9.605, de 12.02.1998), sendo certo que compete à União legislar, privativamente, sobre direito penal, tipificando como crime práticas que submetem os animais à crueldade. A União, neste caso, legislou com fundamento em sua competência legislativa para concretizar o comando constitucional dirigido ao Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) plasmando dever de proteção (art. 225, §1º). E não pode o Estado, pretextando atuar de acordo com a sua competência legislativa, descriminalizar conduta tipificada pelo legislador federal. Inclusive porque, no caso, incumbe também ao Poder Público Estadual promover a proteção ambiental para coibir as práticas de manejo dos animais com crueldade. O Acórdão, aliás, faz referência à decisão do TJ/RS, datada de 11.04.2005, relatada pela então Des. Maria Berenice Dias, que julgou inconstitucional a Lei nº 310-01/2001, de 27.11.2001, do Município de Fazenda Vilanova com fundamentação nessa linha. Ora, se incumbe, nos termos da normativa constitucional, ao Poder Público proteger, há dever de proteção a alcançar também o Poder Legislativo estadual que não pode legislar para autorizar referidas práticas cruéis, sob qualquer pretexto, inclusive para exercer o poder de polícia da atividade, exigindo a satisfação de normas de segurança ou de natureza sanitária. O que está proibido, está proibido. A atuação legislativa no Estado, no âmbito de sua competência, é para melhor concretizar o comando constitucional e não para alcançar efeito contrário. Há, na norma constitucional, carga semântica suficiente para indicar o que está proibido e o que está autorizado. Mais, pode o Legislador fazer. Nunca menos.

Nesse sentido, no Acórdão, o Supremo Tribunal Federal segue a lição de Paulo Affonso Leme Machado, que, aliás, cita, segundo a qual a proteção dos animais, tal como disposta na Lei Fundamental, "como dever geral, independe de legislação infraconstitucional. Três tipos de práticas ficaram proibidos, e essas vedações terão sua maior eficácia 'na forma da lei', ainda que a Constituição Federal já atue a partir de seu próprio texto".[2] Há, então, para a Excelsa Corte, nos dispositivos do art. 225 da Constituição, segundo consta da decisão, "nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da CF, enquanto definem princípios fundamentais da República". Portanto,

[2] MACHADO. *Direito ambiental brasileiro*, p. 887-888.

diz o Ministro Relator, "penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, como está no §3º do art. 225". O entendimento, portanto, guarda sintonia com a fundamentação da exordial.

Cumpre, agora, retornar ao argumento de número 2, antes apontado, segundo o qual a prática da briga de galo seria compatível com a Constituição brasileira, compondo fator de integração comunitária por substanciar expressão legítima da cultura popular.

Neste ponto, merece ser invocado o especificado no art. 215 da Constituição nos termos do qual "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais". Mais do que isso, definiu o Constituinte em parágrafo do mesmo artigo que o "Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" e no art. 216 que, além de outras manifestações, as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, constituem patrimônio cultural brasileiro. Desafiam, então, proteção do Estado, melhor, do Estado por seus órgãos, particularmente os constitucionais, não apenas o Executivo, mas também o Judiciário e o Legislativo dos distintos níveis da federação. E na altura cumpre lembrar que o patrimônio cultural é matéria de competência legislativa concorrente, conforme define o art. 24 da Lei Fundamental da República.

Poder-se-ia, eventualmente, dizer que a tensão entre o disposto nos artigos 215 e 225 do texto constitucional reclamaria solução por meio do manejo da técnica da ponderação. Mas, no caso, sem explorar com maior profundidade as consequências que a adoção de um entendimento robusto dos direitos culturais poderia autorizar, particularmente na linha de uma filosofia política de tom multiculturalista, implicante, no limite, de normatividades distintas para grupos culturais distintos sob a égide de um mesmo texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal se encaminhou para uma solução mais simples, na linha da operação de ajustada concordância prática e, menos do que isso, de uma possível compreensão sistemática da Constituição de modo a explicitar que, qualquer solução da tensão entre os direitos culturais e os ambientais deve levar em conta a vedação desde logo estabelecida pelo Constituinte em relação à crueldade no tratamento dos animais. Haveria aqui, se bem compreendida a decisão em comento, regra clara definidora de vedação. Qualquer solução, portanto, de eventual tensão entre os direitos culturais e os ambientais, mesmo à luz de uma compreensão simpática ao multiculturalismo, em função da jurisprudência da Excelsa Corte, não pode autorizar o manejo dos animais com crueldade. De modo que nenhuma expressão cultural, diante do entendimento, será protegida à custa da ineficácia da regra constitucional proibitiva inscrita no art. 225 da Lei Fundamental.

Com efeito, o Ministro Celso de Mello cita precedente da Casa (ADI nº 2.514/SC, Rel. Min. Eros Grau): "A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil". Daí porque a Suprema Corte, diz o Ministro,

> [...] por mais de uma vez, também rejeitou a alegação de que práticas como a "briga de galos" e a "farra do boi" pudessem caracterizar manifestações de índole cultural, fundadas em usos e em costumes populares verificados no território nacional, como bem destacou, em douto voto, o eminente Min. Néri da Silveira (RE nº 153.531/SC, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio): "A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre,

> justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito".

Não se trata, portanto, de manifestação cultural que mereça a tutela da Carta da República. De modo que o Supremo Tribunal Federal opera leitura da cláusula constitucional de defesa das manifestações culturais sem esquecer as restrições legítimas extraíveis do próprio texto constitucional ou, sendo o caso, definidas adequadamente pelo legislador. Nem toda expressão cultural, então, é digna de proteção.

Compondo a Constituição uma reserva de justiça,[3] desenhando normativamente uma certa arquitetura compromissória de distintas filosofias políticas, há suposta na decisão em comento uma adequada compreensão da moralidade residente no texto constitucional.

4.3 Para concluir

Em relação à matéria tem-se, hoje, no Brasil uma jurisprudência adequada, uma doutrina clara e uma ação do legislador federal que caminha na mesma direção. É preciso reconhecer, porém, que o teste, em relação à colisão dos direitos culturais com outros direitos ou bens tutelados constitucionalmente, exigiu da Suprema Corte, na circunstância, diante da específica natureza da norma implicada tratando da proteção da fauna, uma operação solucionadora singela. Cumpre, por isso, aguardar para ver como o Supremo Tribunal Federal se pronunciará em caso dotado de maior complexidade, envolvendo verdadeiramente colisão entre direitos culturais e outros bens ou direitos constitucionais protegidos, quando as manifestações culturais, na contramão das práticas hegemônicas, componham o núcleo da identidade de grupos especialmente protegidos pela Constituição, como, em sintonia com o que proclama o art. 215, os indígenas e afro-brasileiros. Aqui, as distintas formas de compreensão dos direitos culturais, inclusive aquelas tributárias de uma filosofia multiculturalista, haverão de ser exploradas, o que inocorreu, por desnecessário, no Acórdão que tratou da briga de galo.

Referências

MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

[3] Cf. VIEIRA. *A Constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.

ULTRATIVIDADE DE NORMA CONSTITUCIONAL

EFETIVAÇÃO NO CARGO DE TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL COM FUNDAMENTO EM DISPOSITIVO DE CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA[1]

5.1 Introdução

O presente artigo versa sobre a situação dos titulares de serventias extrajudiciais que foram efetivados, vigente a nova Constituição, com fundamento no art. 208 da Constituição Federal de 1967.

Entende o Conselho Nacional de Justiça que a efetivação com base no art. 208 da CF/1967 afronta a exigência de realização de concurso público para ingresso no serviço notarial e de registro, tal como prescrito no art. 236, §3º, da Constituição Federal de 1988, e no art. 14 da Lei nº 8.935/1994 (Lei dos Notários).

Por constituir tema delicado, envolvendo a sobrevivência de norma constitucional frente a uma nova ordem, importa considerar com cuidado os interesses em jogo. Tem lugar a reflexão sobre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. Trilhando esse caminho, espera-se trazer contribuição ao estudo do tema.

5.2 Prescrição quanto à efetivação realizada

Inicialmente, cumpre salientar que o eventual questionamento da efetivação no cargo de titular deve observar os prazos prescricionais. O Conselho Nacional de Justiça, ao exercer controle sobre os atos de provimento dos titulares em serventias extrajudiciais, atua como órgão administrativo, e não jurisdicional. Portanto, a competência para anulação de atos será exercida observado o prazo prescricional definido em lei.

O art. 1º do Decreto nº 20.910/1932[2] estabelece o prazo de cinco anos para a propositura de qualquer medida de controle de atos administrativos. O art. 54 da Lei

---

[1] Este texto, escrito com o auxílio da Professora Cláudia Honório, foi publicado no sítio de notícias jurídicas *Migalhas* (São Paulo, 12 dez. 2008). Também foi publicado no sítio jurídico *Jus Navegandi* (v. 2193, p. 1, 2009); na revista *Boletim Recursos Humanos* (v. 55, p. 1019-1027, 2009); e no jornal *O Estado do Paraná* (Curitiba, 05 jul. 2009. Caderno Direito & Justiça).

[2] Decreto nº 20.910/1932: "Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

nº 9.784/1999 fixa também em cinco anos o prazo para a Administração Pública anular seus atos. Segue essa linha o art. 91 do Regimento Interno do CNJ, em seu parágrafo único, ao acatar o mesmo prazo quinquenal para a atividade de controle de atos administrativos.

Considerando que a prescrição é a regra geral no ordenamento jurídico pátrio — tendo em vista ser indispensável à preservação da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais —, os casos em que o instituto não se aplica devem ser tratados de forma expressa, eis que excepcionais. Nesse sentido, o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 ressalva as situações para as quais não se aplica o prazo decadencial de cinco anos — hipóteses de comprovada má-fé: "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

Assim, caso a efetivação na condição de titular de serventia esteja revestida pelo manto da boa fé, a mencionada exceção prevista no texto legal não será aplicável, incidindo a regra da prescritibilidade.

Há quem pretenda afastar a aplicação do prazo prescricional quando se trata de ato que viola diretamente norma constitucional. Aliás, essa é a estranha orientação do parágrafo único do art. 91 do Regimento Interno do CNJ, ao excluir a incidência da prescrição na hipótese de afronta direta à Constituição.[3]

Todavia, o entendimento não merece acolhida. É que o ato de efetivação do serventuário, com base no art. 208 da CF/1967, pode não configurar ofensa a dispositivo constitucional, como restará examinado. Por outro lado, a melhor doutrina admite a incidência da prescrição mesmo para a hipótese de inconstitucionalidade de ato normativo.

Caso a incompatibilidade com a Constituição remonte ao momento do nascimento do ato — hipótese da efetivação aventada — "parece mais razoável sustentar a prescritibilidade da pretensão",[4] como sustenta Luís Roberto Barroso:

> Esse entendimento se afigura como o que melhor se harmoniza com o sistema jurídico brasileiro. De fato, em qualquer dos campos do direito, a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral de segurança das relações jurídicas e, como tal, é a regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional. [...] O fato de não haver norma dispondo especificamente acerca do prazo prescricional em determinada hipótese não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade.[5]

Nessa linha, entende-se aplicável, para o questionamento da constitucionalidade, o prazo definido no Código Civil, o maior prazo prescricional ordinário adotado pela legislação: dez anos.[6] Também, sob esse viés, deve ser perquirida a prescrição da pretensão de desconstituir o ato de efetivação como titular de serventia extrajudicial.

O tema da prescrição tem sido tratado de forma frequente pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Cezar Peluso, no julgamento da medida cautelar do Mandado de Segurança nº 28.059-0/DF, constatou que entre (i) a decisão do Conselho Nacional de Justiça que considerou irregular o provimento em caso de remoção por permuta, sem

---

[3] De acordo com o Regimento Interno do CNJ (2010): "Art. 91. Parágrafo único. Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição".

[4] BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 164.

[5] BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 164-165.

[6] Código Civil/2002: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

concurso público, em serventias do foro extrajudicial e, (ii) a edição do decreto judiciário referente à remoção por permuta de determinada titular de serventia, já havia transcorrido mais de quinze anos. Para o Ministro, "ao menos uma coisa vem sendo reiterada pela jurisprudência desta Corte. É que o lapso de tempo decorrido entre o ato declarado inválido e a decisão que assim o reputou é bem superior aos 05 (cinco) anos previstos na Lei nº 9.784/1999, o que aparenta ofensa aos subprincípios da confiança e da segurança jurídicas".

Cumpre apontar, nesta altura, também a decisão no Mandado de Segurança nº 26.860/DF, em que o Relator Ministro Eros Grau salientou a existência de limites ao poder de revisão da Administração Pública, sendo um deles o temporal: "O Tribunal entendeu que a possibilidade de revogação de atos administrativos não pode estender-se indefinidamente. Esse poder anulatório deve sujeitar-se a um prazo razoável, mercê da estabilidade necessária às situações criadas administrativamente".

No MS nº 26.940/DF, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, constatou-se que os atos dos Tribunais de Contas que impugnavam movimentações de pessoal da ECT datavam de mais de dez anos após as ocorrências, o que se considerou ofensivo aos subprincípios da confiança e da segurança jurídicas. O referido entendimento da Corte sobre a prescrição tem sido reiterado em outros casos.[7]

Por isso, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão anulatória de provimento como titular em serventia extrajudicial caso já tenha transcorrido considerável lapso temporal desde a edição do ato questionado.

5.3 Efetivação com fulcro no art. 208 da CF/1967

Observada a possível prescrição do questionamento de efetivação realizada, cabe enfrentar a questão nuclear, ou seja, a compatibilidade de tal efetivação com a ordem constitucional vigente, considerando a exigência de realização de concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro.

5.3.1 Satisfação dos requisitos para a efetivação no cargo de titular

A Constituição Federal anterior, com a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 22/1982, dispunha em seu art. 208 sobre a efetivação no cargo de titular de serventias extrajudiciais e judiciais nos seguinte termos:

> Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

Ao cuidar da situação daquele que foi efetivado como titular nos termos do art. 208 da CF/1967, deve-se verificar se poderia ele substituir o titular da serventia e se efetivamente o fez. Nesse ponto, cite-se, a título de exemplo, o disposto no art. 178

[7] MS nº 22.357, julgado pelo Pleno do STF, sendo relator o Min. Gilmar Mendes, *DJ*, 04 jun. 2004; MS nº 26.118, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, 21 set. 2006; MS nº 26.010, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 1º ago. 2006; MS nº 26.117, Rel. Min. Eros Grau, *DJ*, 30 ago. 2006; MS nº 26.237, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 19 dez. 2006; MS nº 26.393, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ*, 21 fev. 2007, e MS nº 26.406, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ*, 23 fev. 2007.

da Lei Estadual nº 7.297/1980 (Código de Organização da Divisão Judiciária do Estado do Paraná):

> Art. 178. Os titulares de ofício serão substituídos, eventualmente, pelos respectivos oficiais maiores remanescentes e, na falta destes, pelo auxiliar de cartório, desde que juramentado, ou pelo empregado juramentado, ou por outro titular de Ofício da mesma comarca, designado pelo Juiz de Direito Diretor do Fórum.

Pois bem. Ao substituto, conforme a disposição constitucional antes referida, foi assegurada a efetivação no serviço de registro, ocorrente vacância, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (i) investidura legal no cargo a que se atribui a substituição do titular da serventia e (ii) realização, até 31 de dezembro de 1983, de cinco anos de exercício na condição de substituto na mesma serventia.

Cumpre, portanto, examinar se o beneficiário do dispositivo estava legalmente investido na qualidade de substituto da serventia, bem como se substituiu, de fato, o titular do ofício. Ainda, importa constatar se a condição de substituto legal perdurou por mais de cinco anos. Caso essas exigências tenham sido satisfeitas, tem-se a incidência plena do disposto no art. 208 da CF/1967, sendo indiscutivelmente assegurada, nesse caso, a efetivação no cargo de titular.

Garantido o direito à efetivação, seu exercício estava a depender apenas da vacância, o que pode ocorrer, por exemplo, com o falecimento do titular do serviço. É preciso sublinhar que, na hipótese de as exigências fixadas pelo Constituinte anterior — a condição de substituto e o tempo de substituição — já terem sido realizadas, o direito de efetivação do serventuário estará assegurado, mesmo ocorrente a vacância sob a égide de nova ordem constitucional.

Julgados do Superior Tribunal de Justiça sustentam o entendimento esposado.[8] Conforme decisão do Recurso em Mandado de Segurança nº 10.684/MT: "Preenchendo o substituto de serventia judicial os requisitos do art. 208, da CF de 1967, tem direito à efetivação na titularidade do cartório, ainda que a vaga tenha surgido após a Constituição Federal de 1988".[9]

Evidenciou-se no julgamento do Recurso Especial nº 219.556/SP que: "O fato de a vacância do cargo dar-se apenas após a promulgação do novo texto constitucional não afasta a pretensão dos serventuários substitutos de assumirem a titularidade, se, à época, já possuíam os demais requisitos legalmente exigidos".[10] Ainda, foi claro o acórdão relativo ao Recurso em Mandado de Segurança nº 1.650/SP ao expressar que: "a realização de concursos e o provimento dos cargos não podem prejudicar o direito dos que preencheram os requisitos necessários à permanência no cartório, como aqueles beneficiados pelo artigo 208 da Constituição anterior, ainda que a vacância só tenha ocorrido na vigência da nova Carta".[11]

A ocorrência da vacância em específica e determinada época não constitui requisito, mas, antes, mera condição temporal para o implemento da efetivação. Portanto, o

---

[8] Citem-se, como exemplos, RMS nº 3.189/PR, j. 20.09.2001, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ*, 04 fev. 2002, p. 540; RMS nº 1.747/PI, j. 13.10.1993, 2ª Turma, STJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ*, p. 24923, 22 nov. 1993; RMS nº 2.154/PI, j. 1º 03.1993, 5ª Turma, STJ, Rel. Min. Jesus Costa Lima, *DJ*, p. 6074, 12 abr. 1993.

[9] RMS nº 10.684/MT, j. 27.06.2000, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ*, p. 172, 21 ago. 2000.

[10] RESP nº 219.556/SP, j. 21.09.1999, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Vicente Leal, *DJ*, p. 190, 02 maio 2000.

[11] RMS nº 1650/SP, j. 15.12.1993, 2ª Turma, STJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJ*, p. 6300, 28 mar. 1994.

direito à efetivação estava sujeito à condição preestabelecida e inalterável, estabelecida pelo próprio Texto Constitucional.[12]

São elucidativas as lições de Clóvis Beviláqua sobre o tema do direito já definitivo, mas cujo exercício depende da superveniência de determinada condição (no caso, a vacância):

> Acham-se no patrimônio os direitos que possam ser exercidos, como, ainda, os dependentes de prazo ou de condição preestabelecida, não alterável ao arbítrio de outrem. Trata-se aqui de termo e condições suspensivos, que retardam o exercício do direito. Quanto ao prazo, é princípio corrente que ele pressupõe a aquisição definitiva do direito e apenas lhe demora o exercício. A condição suspensiva torna o direito apenas esperado, mas ainda não realizado. Todavia, com o seu advento, o direito se supõe ter existido, desde o momento em que se deu o fato que o criou. Por isso, a lei o protege, ainda nessa fase de existência meramente possível, e é de justiça que assim seja, porque, embora dependente de um acontecimento futuro e incerto, o direito condicional já é um bem jurídico, que tem valor econômico e social, constitui elemento do patrimônio do titular.[13]

O texto do art. 208 da CF/1967 permite entender que estava assegurada a efetivação na vacância, independentemente de quando se verificasse. Por isso, ocorrida a vacância do cargo de titular, e tendo o interessado prontamente satisfeito as exigências traçadas pelo Constituinte pretérito, alcançou o direito à efetivação como titular, mesmo sob o manto de nova Constituição.

5.3.2 A superveniência da CF/1988 não impede a efetivação

A Carta de 1988, no capítulo das disposições constitucionais gerais, cuida de matérias pontuais, mas cuja importância justifica sua inserção no texto constitucional. Assim, o art. 236 trata dos serviços notariais e de registro. No presente caso, interessa especificamente o §3º do artigo citado, que determina a realização de concurso público para o ingresso nesses serviços:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. §1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. §2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. §3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Seis anos depois da promulgação da Constituição, a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, regulamentou a matéria, também dispondo sobre a obrigatoriedade de realização de concurso público para ingresso nos serviços notariais e de registro:

---

[12] A situação ajusta-se ao disposto no §2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] §2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

[13] BEVILÁQUA. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 1, p. 76.

"Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; [...]".

Todavia, apesar desse regramento, a Constituição Federal de 1988 e a Lei dos Notários não cuidam da disciplina da específica situação dos então responsáveis e substitutos dos serviços notariais e de registro. Assim, a última oportunidade em que a matéria foi discutida no Congresso Nacional foi a aprovação da EC nº 22/1982, que inseriu o art. 208 na Carta de 1967. Nos vinte e cinco anos posteriores à aprovação, persistindo o silêncio na Constituição de 1988 e na legislação dos notários, a situação dos responsáveis e substitutos foi consolidada.

É certo que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a obrigatoriedade da aprovação em concurso público para ingresso na atividade notarial, afirma regra de validade imediata. Isso não significa, contudo, o desrespeito aos direitos adquiridos. Ao contrário, o Poder Constituinte, soberano, acolheu o direito adquirido como interesse digno de tutela.

Sendo assim, é razoável que os titulares cuja efetivação foi conferida com fundamento em norma constitucional pretérita continuem à frente das serventias, como titulares, até sobrevir hipótese de vacância. Portanto, não se pode cogitar desrespeito ao art. 236, §3º, da CF/1988, sendo apenas hipótese de ultratividade do art. 208 da CF/1967 frente à manifestação do Constituinte de preservar o direito adquirido e ao silêncio da nova Carta a respeito da situação específica dos substitutos de serventias.

Julgados do Superior Tribunal de Justiça conferem apoio ao entendimento.[14] Na decisão do Recurso em Mandado de Segurança nº 3.834/SP, salientou-se que as Constituições de 1967 e 1988, em relação ao provimento no cargo de titular de serventia extrajudicial, "embora diferentes, não são contrastantes. A segunda não se tornou, nessa parte, inconciliável com a primeira. Chega-se a essa conclusão porque inexistente comando expresso e não são inconciliáveis".[15]

Também no voto do Ministro Vicente Leal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 5.790/SP, sustentou-se a aplicação do art. 208 da CF/1967 mesmo sob a égide da nova Constituição:

> Até mesmo porque, na vigência da regra excepcional da Carta de 1969, que conferiu benefício aos titulares, aos substitutos de cartório com mais de cinco anos — Emenda Constitucional nº 22 — já se exigia, naquele tempo, concurso público para provimento dos cargos. Então, a Constituição de 1988 não fez desaparecer os direitos adquiridos na vigência da Carta anterior, no particular. Não o fez de forma expressa.

Trata-se de peculiar ultra-atividade de dispositivo constitucional pretérito.[16] Na ausência, na CF/1988, de norma que discipline a situação dos substitutos do titular da serventia, a situação criada pela incidência do art. 208 da CF/1967 permanece eficaz. Afirma-se, assim, a regularidade da condição dos serventuários efetivados, ainda que sustentada em dispositivo da ordem precedente.

Saliente-se que o Conselho Nacional de Justiça, no PCA nº 2007.10.00.000393-2, indicou a possibilidade de ser invocada a ultra-atividade temporal de norma constitucional

---

[14] Conferir, por exemplo: RMS nº 2154/PI, j. 1º.03.1993, 5ª Turma, STJ, Rel. Min. Jesus Costa Lima, *DJ*, p. 6074, 12 abr. 1993.

[15] RMS nº 3.834/SP, 6ª Turma, STJ, Rel. o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ*, p. 51643, 13 out. 1997.

[16] A ultra-atividade das Constituições pretéritas, ou seja, o reconhecimento de que a nova ordem constitucional não significa a total desconsideração do direito anterior, é fenômeno aceito pela doutrina. Cf. GARCIA. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral, p. 418.

anterior em relação a efeitos já deflagrados até a véspera da promulgação da Carta de 1988. O caso apresentado a estudo pode ser considerado de efeitos já consagrados antes mesmo do advento da CF/1988.

Aliás, em direção análoga, observa Maria Helena Diniz que "Se a nova norma regesse todas as consequências dos fatos anteriores, destruiria direitos legitimamente constituídos sob o império da antiga norma, prejudicando interesses legítimos dos particulares e causando grave perturbação social".[17] Por essa razão, "A permanência da eficácia da norma, em determinados assuntos que lhe sejam pertinentes, após sua revogação, é um *canon* jurídico. A eficácia residual da norma extinta cerceia a da vigente, repelindo-a para tutelar certas relações jurídicas".[18]

O advento de nova ordem constitucional não pode instabilizar a vida do cidadão, "retirando dele o equilíbrio e a segurança que ao Direito cumpre garantir".[19] Tendo em vista a estabilidade, pode-se justificar a persistência de efeitos de instituições afirmadas por um sistema jurídico que não mais vigora. Como salienta Cármen Lúcia Antunes Rocha, o que o regime pretérito produziu não significa, necessariamente, que será no mesmo momento soterrado pelo novo. "E, de resto, nem sempre o novo pode viver sem o fluxo daquilo que vicejou antes e que precisa de ser, às vezes, respeitado para melhor servir à ideia e, principalmente, à prática da estabilidade das relações sociais e políticas".[20] Deste modo, ressalta:

> [...] para que não sobrelevem conflitos permanentes na sociedade, que somente serviriam para fragilizar as novas instituições, os novos direitos e garantias cunhados na Constituição que vem de ser promulgada — é mister considerar e cuidar do quanto, antes, sob a ordem abolida, vicejara. Se aquela antiga ordem constitucional já não poderá ser vertente de novos benefícios, nem sempre se tem por igualmente verdadeiro que os direitos já solidificados devam ser incontornavelmente solapados pela introdução do novo sistema normativo, quando não afrontem os valores sociais que tenham sido aproveitados pelo Constituinte. [...] À descontinuidade do sistema jurídico fundamental não precisa corresponder a idêntica e total extinção e desconhecimento de todos os efeitos — com seus direitos e benefícios processados — derivados do sistema anteriormente vigente.[21]

Nessa esteira, diga-se que o afastamento de determinado serventuário da condição de titular do serviço ofende não apenas o art. 208 da Constituição Federal de 1967, como também a ideia de direito vigente na nova ordem constitucional.

Ademais, seria contrário ao valor "justiça" deixar desamparados, no caso de vacância do titular do serviço, os substitutos que estão há anos na qualidade de responsáveis pelas serventias, que investiram seu trabalho e sua vida prestando relevante trabalho.

---

17 DINIZ. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 50.

18 DINIZ. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 52.

19 ROCHA. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. *In*: GRAU; GUERRA FILHO (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, p. 391.

20 ROCHA. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. *In*: GRAU; GUERRA FILHO (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, p. 391.

21 ROCHA. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. *In*: GRAU; GUERRA FILHO (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, p. 392.

5.3.3 A proteção da confiança legítima

Corroborando a argumentação, entra em cena a noção de confiança legítima, que tem sido manejada para resolver questões relacionadas à incidência das normas no tempo, como acontece no tema em exame. Trata-se de fundamento para a preservação de posição jurídica na qual legitimamente confiou o cidadão.

O princípio da confiança legítima vincula-se a diretrizes fundamentais do ordenamento jurídico pátrio, como a segurança jurídica e a boa fé.[22] Assim, "Embora não tenha previsão explícita no texto da Constituição Federal, há de ser reconhecido o *status* de princípio constitucional à proteção substancial da confiança, em face da necessária dedução 'Estado de Direito/segurança jurídica/proteção da confiança'".[23]

No tocante à segurança jurídica, um dos conteúdos que se lhe atribui é a "estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova".[24] Já a boa-fé, na sua vertente objetiva, corresponde ao dever de agir conforme determinados padrões estabelecidos.

Da conjunção das noções, tem-se que no Estado Democrático de Direito a ordem jurídica não pode sacrificar aquele que confiou na estabilidade de determinada norma.

Como bem ressalta Hartmut Maurer, em entendimento plenamente ajustado à hipótese aventada, "o cidadão deve poder confiar [...] que sua atuação, em conformidade com o direito vigente, ficará reconhecida pelo ordenamento jurídico com todas as consequências jurídicas previstas originalmente e não será desvalorizada por uma modificação de direito retroativa".[25]

A relevância da aplicação do princípio da proteção da confiança legítima mostra-se "patente quando são postas em causa expectativas geradas na preservação de determinadas posições que persistem por anos, às vezes por décadas até, e que levam os particulares a fazer importantes disposições pessoais e patrimoniais".[26] Por essa razão o argumento é relevante para a situação ora discutida.

Ao serventuário que satisfez as exigências traçadas no art. 208 da CF/1967 é assegurado o direito à efetivação no cargo de titular no serviço notarial e de registro, dependendo o exercício da prerrogativa apenas da vacância do cargo.

Nessas hipóteses, há, portanto, base objetiva que desperta legítima confiança na estabilidade de sua situação.

O disposto no §3º do art. 236 da Constituição Federal de 1988, exigindo o ingresso em serviço notarial e de registro por meio de concurso público, não pode alcançar a situação dos substitutos de serventias com direito assegurado à efetivação. A aplicação imediata do regime constitucional posterior, sem o resguardo dos direitos adquiridos,

---

[22] O Supremo Tribunal Federal já aceitou a proteção da confiança como princípio da ordem constitucional pátria, como elemento do princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito, apresentando, ainda, um componente de ética jurídica, na medida em que não há possibilidade de convívio social sem confiar nas normas, nas relações e nas pessoas. Cf. MS nº 24.268/MG, j. 05.02.2004, Pleno do STF, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, p. 53, 17 set. 2004.

[23] MAFFINI. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*, p. 224.

[24] BARROSO. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *In*: ROCHA (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*, p. 139-140.

[25] MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 77.

[26] BAPTISTA. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*.

configurará mudança injusta na posição desses serventuários, causando prejuízos evidentes, contrariando os próprios valores que permeiam o ordenamento jurídico.

Considerando que as noções de Estado Democrático de Direito, segurança jurídica e boa fé devem orientar a aplicação das normas constitucionais, é necessária, em casos peculiares e para a proteção da confiança,[27] a preservação da posição jurídica, ainda que aperfeiçoada sob império de ordem constitucional anterior.

Assim como o Supremo Tribunal Federal, noticia-se que mesmo o Conselho Nacional de Justiça, por vezes tão contaminado por uma visão jacobina do mundo, vai aprendendo a observar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, tendo proferido não poucas decisões seguindo esta linha.

A propósito, citem-se os Pedidos de Providências nºs 415 e 721, em que se julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de "preservar no cargo, excepcionalmente e apenas para o caso concreto, o titular da serventia, até a vacância". Tal conclusão apoiou-se em voto que assim versou:

> A possibilidade da delegação da atividade que ora se pretende excluir decorreu de interpretação, ainda que equivocada, do texto constitucional. Nenhum prejuízo sofreu a Administração com tal delegação, mesmo porque o serviço vem sendo regularmente prestado e a Serventia conta com funcionários que ali trabalham há muitos anos.

Também no Procedimento de Controle Administrativo nº 50 ficou assentado que: "Não se pode desconsiderar, ainda, a boa-fé dos destinatários dos atos praticados por órgãos ou agentes do Poder, posto que esses — certamente — não contribuíram para a invalidade que pode turvar tais atos".

Na decisão prolatada no PCA nº 2008.10.00001273-1, não foi esquecida a proteção da segurança jurídica e da boa-fé dos interessados. No julgado, destacou-se que:

> [...] em nome dos princípios da segurança jurídica e da confiança, não convém reverter imediatamente as remoções por permuta, apesar de irregulares [...] devendo ser postergados, nesta hipótese, os efeitos da desconstituição do ato inválido para vier a ocorrer a vacância na serventia de origem do permutante irregular.

Os precedentes citados aplicam-se com perfeição ao caso em tela. Os interessados, ao pleitearem a efetivação como titulares de serventia extrajudicial, o fizeram de modo leal e lícito, com a convicção de que o art. 208 da Constituição de 1967 garantia-lhes tal direito. Do mesmo modo conduziu-se a Administração da Justiça ao deferir justificadamente os pedidos. Não pode o Direito desprezar essa atuação de boa-fé. Eis a conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito

[27] O princípio da confiança legítima projeta-se sobre o valor "permanência", que se constitui "num valor a ser protegido, pois reflete a confiança considerada como regra do jogo de antemão traçada para ser, no presente e no futuro, devidamente respeitada: sinaliza que essa ordem não permitirá modificações suscetíveis de afetar suas decisões importantes de maneira imprevisível" (MARTINS-COSTA. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*, p. 113).

> com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.[28]

Na situação trazida a estudo, pensa-se ser plenamente adequado invocar o princípio da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica para tutelar o direito do titulares de serventias, preservando a posição decorrente da incidência do art. 208 da CF/1967. Medida razoável revela-se a manutenção dos interessados na condição de titulares de serventia até a manifestação de nova vacância do cargo, ocasião em que será promovido concurso público para o devido provimento. Trata-se de solução adequada aos valores que norteiam o ordenamento pátrio, implicando conciliação entre a exigência de concurso público reclamada pelo Constituinte e a proteção da situação jurídica de vantagem não expressamente afastada pela nova Ordem Constitucional o que, de fato, implica respeito à sua integridade.

Resta evidenciado que a proteção de atos "fundados em um estado de confiança tutelado juridicamente não é construção fantasiosa, mas tese absolutamente plausível, consentânea com nosso sistema de proteção de direitos".[29]

5.4 Considerações finais

Considerando a situação daqueles que foram efetivados no cargo de titular de serventias extrajudiciais com fundamento em dispositivo da Constituição Federal revogada, defende-se ser necessário garantir tal efetivação mesmo sob a égide do sistema constitucional inaugurado com a Carta de 1988.

O serventuário que atendeu a todos os pressupostos constitucionais tem direito à efetivação no cargo de titular do serviço, sendo irrelevante o momento de ocorrência da vacância. Cumpre, afinal, proteger a confiança legítima dos cidadãos, exigência do Estado Democrático de Direito e dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Referências

BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 11, jul./set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/patricia-baptista/a-tutela-da-confianca-legitima-como-limite-ao-exercicio-do-poder-normativo-da-administracao-publica>. Acesso em: 26 out. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

[28] DI PIETRO. A atividade administrativa em face do sistema constitucional. *In*: MORAES (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, p. 49.

[29] No mesmo sentido, entende-se que: "De fato, para que um direito seja protegido sob o manto da segurança jurídica, não precisa substanciar efetivo direito adquirido ou ato jurídico perfeito, pois a proteção a direitos no Estado Democrático é ampliativa, só comportando restrições expressas na Constituição ou por ela autorizada" (CLÈVE. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. *In*: CARVALHO *et al*. *Crédito-prêmio de IPI*: estudos e pareceres III, p. 152).

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros *et al*. *Crédito-prêmio de IPI*: estudos e pareceres III. Barueri: Manole, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A atividade administrativa em face do sistema constitucional. *In*: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

PÁGINA EM BRANCO

PARTE V

MATÉRIAS DE CIRCUNSTÂNCIA

PÁGINA EM BRANCO

MEDIDAS PROVISÓRIAS
MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO?[1]

As medidas provisórias (MPs) foram incorporadas ao direito brasileiro pela Constituição de 1988. O Constituinte pretendeu se distanciar do decreto-lei do regime militar, ao importar instrumento normativo já conhecido pelos direitos italiano e espanhol. Em terras brasileiras, verificou-se uma inflação das medidas provisórias, diante do pouco cuidado na redação do artigo 62 da Lei Fundamental e do controle judicial tímido em relação aos pressupostos de relevância e urgência autorizadores da edição da medida. O abuso das normativas provisórias, algumas delas reeditadas dezenas de vezes, trouxe quadro de insegurança jurídica inadmissível em um Estado de Direito.

Por meio da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, após ampla negociação, o Congresso Nacional operou mudanças no texto constitucional para restringir o uso das MPs. Com efeito, a Emenda trouxe disposições cuidando (i) das matérias insuscetíveis de tratamento pela normativa de urgência, (ii) contemplando maior prazo de vigência (de 30 para 60 dias), (iii) proibindo a reedição, embora autorizando uma prorrogação, (iv) tratando da manifestação prévia do Congresso acerca dos pressupostos constitucionais de edição da medida e (v) do parecer de Comissão Mista antes da apreciação (não mais conjunta) das Casas. A reforma também trouxe solução a uma situação de insegurança, ao estabelecer que não existe decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas nascidas sob a égide da MP que foi rejeitada ou perdeu eficácia, seriam mantidos os seus efeitos. Ainda, para compelir o Congresso a apreciar a matéria, resolvendo sobre a rejeição da normativa extraordinária ou sua conversão em lei, o Constituinte definiu que:

> Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Com essas alterações, pretendeu-se conferir um regime mais adequado para as medidas provisórias, suficiente para prestigiar a segurança jurídica e estimular a atuação eficiente do Congresso.

---

[1] Texto publicado no Jornal *Gazeta do Povo*, Curitiba, p. 2, 28 abr. 2009.

Em relação à norma destacada, entendia-se que, após 45 dias da publicação do ato, todas as deliberações da Casa Legislativa ficariam sobrestadas até que se ultimasse a deliberação acerca da medida provisória. Porém, o Presidente da Câmara dos Deputados sugeriu que apenas os projetos de lei ordinária (que não cuidem de matérias insuscetíveis de tratamento por MP) teriam sua apreciação sobrestada. Em relação às demais proposições (como projetos de emenda à constituição, de lei complementar e de resoluções, por exemplo) poderia o Legislativo deliberar, mesmo havendo medida provisória pendente de apreciação, pois sobre tais conteúdos não poderia o Executivo dispor por meio da medida extraordinária.

Sustentou o Presidente da Câmara que referida interpretação homenagearia o princípio da separação dos poderes e, ainda mais, a igualdade entre os poderes proclamada pelo Texto Constitucional. Seria o entendimento, supostamente extraído do sistema constitucional, mais inteligente do que o decorrente da simples compreensão literal do §6º do artigo 62 que vinha sendo aplicada desde 2001. A nova interpretação foi provisoriamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal, ao indeferir medida liminar postulada em mandado de segurança impetrado por parlamentares irresignados com o sentido atribuído à norma constitucional. O mérito da interpretação ainda aguarda enfrentamento.

Ora, o entendimento operou uma mutação da prática constitucional. Todavia, trata-se de uma mutação não compatível com a Lei Fundamental, portanto inconstitucional. Cumpre reafirmar que, nos termos da Constituição, superados 45 dias da publicação sem apreciação da medida provisória, ficarão sobrestadas *todas* as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. Sabe-se que o limite da interpretação é o texto. Assim, se o texto reporta-se a todas as demais deliberações, não são algumas. A ideia é mesmo de exigir que o Executivo utilize a medida provisória com parcimônia, sempre após exaustivas negociações com o Legislativo.

Não há exceção, no texto constitucional, ao sobrestamento da pauta; tampouco o princípio da separação dos poderes permite interpretação nesse sentido. O regime das medidas provisórias afirmado pela EC nº 32 compõe a arquitetura da separação dos poderes, sugerindo diálogo, debate e persuasão, ou seja, harmonia entre Legislativo e Executivo. Não há subordinação do Legislativo ao Executivo, mas apenas um ônus caso aquele não aprecie a MP no prazo fixado. Aliás, é preciso que se diga que a interpretação agora adotada agrada ao Executivo, que vê a pauta do Legislativo desimpedida para apreciar projetos de seu interesse (considerando que a maioria dos projetos de lei são de sua iniciativa). A nova interpretação, portanto, não atende aos interesses do Legislativo (que continuará não apreciando as medidas provisórias no prazo determinado), mas antes àqueles da maioria (governo e base de apoio no Congresso). O número de medidas provisórias, com essa nova interpretação, certamente aumentará.

A EC nº 32 pretendeu inaugurar um regime para as medidas provisórias que contasse com maior cooperação e diálogo entre os Poderes. Todavia, isso não vem acontecendo e o abuso continua. O controle da pauta (agenda) do Congresso tem residido nas mãos do Executivo, que paga um preço por isso. A nova interpretação, festejada pelo governo e pela maioria, estimula ainda mais o uso da normativa extraordinária.

Uma eventual alteração do regime das medidas provisórias exigiria Emenda Constitucional e não solução hermenêutica artificialmente construída para a situação. Talvez fosse o caso de, por meio de Emenda, restringir ainda mais o uso da normativa extraordinária ou até mesmo, num futuro quadro de maturidade política, extingui-la. Porém, enquanto viger o artigo 62 da Lei Fundamental nos moldes como se apresenta,

nenhuma solução jurídica poderá, sem artificialismo, impedir o sobrestamento de todas as deliberações legislativas até que se ultime a votação da medida provisória dentro do prazo estipulado. Ao não estabelecer exceção alguma ao sobrestamento (diferente do que se observa no §2º do art. 64), o Constituinte estava como a dizer que, editada medida provisória, este instrumento gravíssimo e excepcional, o Congresso Nacional deveria se reunir para oferecer resposta adequada e pronta ao assunto. Este é o papel imaginado para o Congresso, um papel que ele, todavia, se recusa a cumprir.

PÁGINA EM BRANCO

A MAIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição chega ao seu jubileu de prata. Cumpre repetir, nesta altura, o que foi dito em outro lugar a propósito dos vinte anos da Lei Fundamental. De lá para cá, o quadro é o mesmo. Não é pouca coisa para um país com uma história republicana conturbada. A efeméride reclama comemoração, sem dúvida. E reflexão apurada. Capaz de inventariar o que deu certo, apontar o que não foi feito, embora prometido, e exigir a correção daquilo que não passou no teste da adequação. A Constituição é norma, mas é também vida, experiência tocada pela dinâmica política. Comecemos por aquilo que deu certo. Temos, hoje, uma nova sociedade: mais plural, mais aberta, menos intolerante, mais inclusiva, embora ainda profundamente desigual. A Constituição pode ser compreendida como uma resposta a um passado de arbítrio (regime militar) e um projeto normativo para a construção de uma sociedade emancipada composta por cidadãos livres e iguais. Ela foi generosa com os direitos fundamentais, apontando para a construção de um Estado Democrático de Direito, erigido a partir de certos fundamentos e determinados princípios e objetivos. Queremos uma sociedade livre, justa e solidária, fincada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana. Queremos algo diferente daquilo que vemos todos os dias nas ruas da cidade. A Constituição, como sabemos, não é capaz de, por si só, alterar a dura realidade de um país que quer superar os seus traumas, os seus problemas, os seus *déficits* de justiça. Mas apresenta, de qualquer forma, uma moldura institucional, um quadro de valores e princípios, um universo de direitos capazes de favorecer a emergência da transformação necessária. Daí a razão pela qual podemos falar, hoje, de um *patriotismo constitucional*. Os brasileiros, compondo uma comunidade de destino, se reconhecem como brasileiros não apenas em função da história comum, da língua, da cultura, arte, gastronomia ou futebol, mas também porque compartilham determinados princípios, valores, direitos e objetivos. Quer-se uma sociedade emancipada e aberta formada por cidadãos livres (as ideias de autonomia pública e privada) e iguais (as ideias de reconhecimento, respeito, alteridade e dignidade humana), tudo para favorecer a emergência de um país inclusivo e igualitário, mais democrático, mais respeitoso com as diferenças, mas igualmente mais próspero e mais moderno.

Nesse campo, há ainda tudo por fazer. Mas não podemos negar a bondade do quadro normativo e institucional. A Constituição é aliada nessa tarefa, e não inimiga. Entretanto, vinte e cinco anos depois da promulgação da Constituição, nos deparamos ainda com uma enorme distância entre a normatividade e a realidade constitucionais, entre as promessas do Constituinte e a dureza da vida cotidiana. A tarefa a cumprir

nos próximos anos envolve superação progressiva da distância entre a idealidade e a concretude, a promessa e a realização, a norma e a experiência vital. Daí a necessidade de políticas públicas, da ação legislativa do Congresso, da atuação do Executivo como amigo da Constituição e das demandas de grande parcela da população que, com a bandeira constitucional, e não vociferando contra ela, pretende superar sua triste condição, ainda contaminada pela precariedade, pela dependência e pela insuficiência. É nesse contexto que muitas vezes se compreende (mas não se justifica) a impaciência do Judiciário com a omissão desidiosa do Executivo ou do Legislativo. Ou o atuar transgressor, no contexto institucional, do Ministério Público ou da Polícia Federal. Falta muito a fazer, as melancias (órgãos constitucionais e movimentos sociais) ainda procuram o seu lugar na carroça que sacoleja durante o transitar. Vinte e cinco anos são um tempo considerável quando se fala de nossa história constitucional. Mas, cuida-se de um tempo ainda curto para as acomodações que só o tempo será capaz de proporcionar.

Por fim, cumpre dizer algo sobre aquilo que não passou no teste da experimentação. Nos últimos anos, a Constituição tem sofrido muitas reformas. São mais de setenta emendas à Constituição, quando computadas também aquelas decorrentes do processo de revisão de 1993. Para se ter uma ideia do que isso significa, basta dizer que a bicentenária Constituição americana foi emendada apenas vinte e sete vezes. Mas aqui é preciso lembrar que, primeiro, cada país constrói a sua própria história constitucional, sendo certo, ademais, que boa parte das Emendas são explicáveis em decorrência das características da parte orgânica da nossa Constituição. Trata-se, como sabemos, de um texto complexo, analítico, expansivo, detalhista que, quando superado pelos fatos, reclama aqui e acolá atualização. Mas a reforma constante pode comprometer a sua força normativa, de modo que um equilíbrio entre permanência e mudança é indispensável para a manutenção da legitimidade e normatividade constitucionais. O Congresso Nacional, neste particular, tem mais errado do que acertado. Nem sempre tem agido com parcimônia, nem com apuro técnico. Muitas reformas necessárias foram feitas, é verdade. Porém, às vezes de modo atabalhoado, sendo certo que há algumas criticáveis, desastrosas mesmo. O Congresso cuida frequentemente do que é contingente, deixando de lado o que é estrutural, permanente, aquilo que é próprio do domínio constitucional. Sem embargo, duas reformas são inevitáveis nos próximos anos. Uma reforma política, capaz de robustecer a autenticidade da representação, permitindo, inclusive, a definição de uma agenda, para os poderes constituídos, que seja verdadeiramente expressão dos interesses do país (a representação, hoje, particularmente no Congresso, não espelha com fidelidade a complexidade do país) e outra tributária (atingindo, eventualmente, o campo fiscal), capaz de racionalizar, simplificar e distribuir de modo mais justo a carga tributária. Ambas, embora muito comentadas, não estão, lamentavelmente, no horizonte político de curto prazo. A primeira, porque pode contrariar a *vontade de poder* hoje hegemônica, embora de modo sempre precário (o nosso presidencialismo de coalizão), e a segunda porque exige uma sinceridade governamental e um respeito pelo cidadão que ainda, apesar de todos os avanços, não conhecemos no país. Nossa Administração Pública, por exemplo, continua sendo autoritária, aqui e acolá, e autorreferente. Continua, também, agindo, muitas vezes, com um paternalismo arrogante que fala em nome da justiça social. A reforma tributária que ora se discute no Congresso Nacional, violadora do pacto federativo, não é, absolutamente, a reforma que queremos, nem aquela que necessitamos. O lado bom de tudo isso é que, apesar de tudo, temos, hoje, a possibilidade de apontar nossas preocupações, manifestar nossas desesperanças e lutar abertamente para a construção de um mundo melhor. Se nem tudo são flores, plantamos todos os dias as mudas que desenham e redesenham nosso jardim da democracia. E isso precisa ser comemorado.

SOBRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS (ENTREVISTA)[1]

Em que situações cabe ao Poder Executivo exercer atividade legislativa? As Medidas Provisórias são um dos instrumentos desse tipo de atividade?

O direito constitucional contemporâneo não repele o exercício, pelo Executivo, em determinadas circunstâncias, da função normativa primária. Com efeito, as Constituições da França, da Espanha, da Itália e de Portugal, para citar apenas algumas, contemplam a possibilidade. No caso do Brasil, diante da experiência traumática dos antigos decretos-leis, o Constituinte de 88 adotou a medida provisória (espécie de decreto-lei dotado de particularidades que o singularizam). A medida provisória, portanto, apresenta-se como um instituto através do qual o Executivo introduz no ordenamento jurídico disposições normativas dotadas de força de lei. Substancia, portanto, um dos modos através dos quais o Executivo legisla. A Constituição vigente manteve a figura da lei delegada, já prevista no direito constitucional pretérito, e, ainda hoje, lamentavelmente pouco utilizada entre nós. De modo que a medida provisória e a lei delegada constituem os dois veículos, constitucionalmente regulados, de introdução, pelo Executivo, de normas primárias na ordem jurídica brasileira. É certo que o Executivo também dispõe de competência normativa despida de força de lei. Mas aqui cuida-se já de campo analítico distinto.

Do uso desmedido das medidas provisórias nos últimos anos, decorrente (i) da lógica do governo de maioria, (ii) dos apelos da arquitetura do presidencialismo brasileiro (de coalizão), (iii) da timidez do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal (que haveria de contrastar aquela lógica) e, aceite-se, (iv) da deficiência do tratamento da matéria em sede constitucional, emergiu o clima de insegurança jurídica e de erosão da legitimidade das instituições que autorizou a demanda por disciplina mais rigorosa em busca de contenção e equilíbrio. A medida provisória, conquanto editada pelo Presidente da República, autoridade legitimada pelo voto, nem por isso ostenta as qualidades da normação legislativa comum. Padecendo, naturalmente, de um certo *déficit* de legitimidade (democrática), eis que não passa, antes, pelo crivo da esfera pública, não sendo, por isso mesmo, decorrência do contraditório e da disputabilidade intersubjetiva, que só se manifestam *a posteriori* (no contexto da deliberação congressual), e ainda assim trilhando um procedimento singularizado, não pode substituir a atividade legislativa ordinária. Sendo medida útil e necessária em certos casos,

[1] Entrevista concedida à revista *RT Informa*, n. 33, set./out. 2004, também publicada na *Revista Eletrônica da Unibrasil*.

para ser legítima, precisa ser excepcional, resposta a conjuntura singular, dar conta de situação extraordinária que a normação ordinária não seria capaz de atacar. Fora daqui, a obra resvala para o campo do *déficit* de legitimação democrática e da insuficiência de cumprimento da Constituição.

As MPs existem somente no nível federal ou podem ser usadas também nos Estados e Municípios para o âmbito local?

A questão é controvertida. A adoção de decretos-leis pelos Estados e Municípios estava expressamente proibida pela Constituição anterior (art. 167, parágrafo terceiro). A Constituição de l988 não proclama disposição com análogo sentido (envolvendo, agora, as medidas provisórias). A verdade é que vários Estados da Federação e, mesmo, Municípios adotaram, por meio de suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, o instituto. Diante da inexistência de vedação expressa, e diante do poder de auto-organização das coletividades estaduais ou locais, tenho, do ponto de vista estritamente jurídico, e a contragosto, admitido a possibilidade (em particular na obra *Atividade legislativa do Poder Executivo*, publicada pela Editora Revista dos Tribunais). Todavia, do ponto de vista político e, mesmo, diante das exigências decorrentes do princípio constitucional da segurança jurídica, não aconselho referida adoção. Penso que, ademais, não há razões (de urgência) suficientes a justificar, no âmbito das ordens jurídicas parciais (regionais e locais), semelhante medida. Falo aqui, todavia, como cidadão. Como jurista estou compelido a reconhecer que o sistema constitucional não proíbe tal providência. Tese em sentido oposto, não obstante, encontra lugar na doutrina brasileira. Calha, nesta oportunidade, citar Michel Temer, que evoluiu de uma compreensão inicial favorável a outra contrária em função de renovada interpretação (agora literal) do dispositivo que confere ao Presidente da República (e só a ele) referida competência. O argumento pode ser manejado, evidentemente. Mas não é definitivo. Afinal, tratando-se de Constituição Federal é natural que o Constituinte se reporte às autoridades da União e não às dos Estados como ocorre em inúmeros outros dispositivos da Lei Fundamental.

Que avaliação o Sr. faz sobre o uso desse instrumento nos dias atuais? Sempre foi assim?

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, o regime constitucional da medida provisória sofreu sensível aperfeiçoamento. Conquanto constitua obra normativa negociada e, por isso mesmo, compromissória, trouxe, ao lado de disposições passíveis de severa crítica, como, por exemplo, a que autoriza a continuidade da vigência de todas as medidas provisórias anteriormente editadas, situação apenas contrariada diante de providência de urgência ulterior incompatível ou de deliberação definitiva (sem prazo) do Congresso Nacional (art. 2º), outras capazes de refrear a dinâmica normativa unilateral do Executivo. Sopesando custos e ganhos, a Emenda trouxe mais vantagens do que desvantagens. A definição das matérias receptivas à disciplina pela medida, a vedação da reedição na mesma sessão legislativa e o aperfeiçoamento do processo de deliberação do Congresso configuram situações dignas de aplausos. Claro que há uma certa frustração. Afinal, queríamos mais. De qualquer modo, avançou-se, mesmo admitindo-se, agora, o elastecimento do tempo de vigência e a figura da prorrogação da providência normativa.

O atual regime constitucional das medidas provisórias pode, eventualmente, racionalizar o seu uso. É que, agora, as providências trancam a pauta do Congresso na circunstância de ausência de deliberação no prazo constitucionalmente definido. As

deliberações da Casa em que estiver tramitando serão sobrestadas até que se ultime a votação da medida provisória comprometida em função da inércia do Legislativo. É evidente que o regime constitucional implica a emergência de eventual situação de desconforto no âmbito dos Poderes. Mas o desconforto poderá trazer consequências desejáveis. O país, em particular o Executivo, passa por um processo de aprendizado. O aprendizado é dolorido. O Executivo precisa, a partir de agora, antes de editar uma medida, proceder a um juízo político adequado. Às vezes, do ponto de vista político, pode ser mais interessante o uso da lei delegada, ou do poder de apresentação de projetos de lei viabilizados em virtude da mobilização da maioria parlamentar. As medidas provisórias devem, mesmo, quer sob o ângulo político, quer sob o ângulo jurídico, ser reservadas para fazer face às situações definidas como de extraordinária urgência.

Se mal usadas, as MPs não podem provocar um desequilíbrio entre os Poderes?

Evidente que sim. O abuso da prerrogativa de editar medidas provisórias implica o robustecimento da condição do Executivo no quadro da organização dos Poderes. Significa, portanto, a emergência de uma indisfarçável primazia do Executivo sobre os demais órgãos constitucionais, primazia que compromete a satisfação do princípio constitucional da divisão funcional entre os órgãos estatais dotados de igual dignidade constitucional. Daí a necessidade da reação dos residentes na esfera pública (cidadãos) e do controle rigoroso do Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, sobre o cumprimento das condições constitucionais para a edição de normativas de tal natureza.

Quais os casos "históricos" mais emblemáticos do mau uso da MP de que o Sr. se recorda?

Lembro-me do famigerado plano Collor, implementado por meio de inconstitucional medida provisória. À época, exercendo, ainda, o cargo de Procurador da República, tive ocasião de lavrar parecer, apresentado em feito que discutia a questão e mais tarde publicado em revista especializada, argumentando, ao lado de inúmeras vozes autorizadas, pela inconstitucionalidade da medida, tese que, felizmente, veio a prevalecer no âmbito do Judiciário. Mas há o problema, ainda não resolvido inteiramente do ponto de vista doutrinário (no Judiciário, a situação é outra), da medida provisória envolvendo matéria tributária. Houve, ademais, um ou outro caso espantoso de manejo de medida provisória para tratar de matéria penal. Temos exagerado, não há dúvida. Daí a importância da doutrina, especialmente para criar as condições argumentativas e discursivas necessárias destinadas, num quadro de contraditório e publicidade, à justificação, a partir de um padrão de racionalidade e consistência ou integridade, do controle mais rígido do Judiciário sobre a ação legislativa de urgência do Executivo.

Existe alguma iniciativa para melhor regulamentar o uso de medidas provisórias?

Depois da EC nº 32/2001 que modificou o regime constitucional das MPs, outras propostas de alteração foram apresentadas ao Legislativo. Entre elas, pode-se citar a PEC nº 27/2003, que pretende alterar a redação de parágrafo do art. 62 da Lei Fundamental para especificar que as medidas provisórias terão sua votação iniciada, alternadamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal; a PEC nº 14/2004 que inclui novo parágrafo no art. 62 da Constituição para autorizar o legislador, por meio de Lei Complementar, a melhor fixar os pressupostos de relevância e urgência; a PEC nº 21/2004 que altera, mais uma vez, o art. 62 do Texto Constitucional para estabelecer nova sistemática de edição de medidas provisórias, além de algumas outras. Há, igualmente, projetos de Resolução do Congresso Nacional orientados à modificação da atual

normativa regimental quanto ao regime da apreciação das medidas de urgência. As propostas nem sempre significam um melhor tratamento da questão. Por isso, antes de qualquer alteração normativa, especialmente no sítio constitucional, argumento a favor do desenvolvimento do contraditório, na universidade ou nas disputas do cotidiano, situação da qual decorrerão as balizas doutrinárias destinadas a orientar a ação dos operadores jurídicos, definir o espaço de manobra do Executivo e, mais do que isso, criar os argumentos necessários para a justificação racional do controle do Judiciário sobre este tipo de ação normativa.

SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL (ENTREVISTA)[1]

Na sua opinião, o exercício da Jurisdição Constitucional no Brasil tem logrado tornar efetiva plenamente a Constituição?

O Supremo Tribunal Federal desempenhou, em momentos críticos da história republicana, um papel da maior relevância, especialmente para a defesa dos direitos fundamentais. Há, certamente, em relação a alguns domínios do direito constitucional, uma relativa frustração com a Corte. Todavia, em vários outros sítios, a sua atuação foi determinante para o desencadear de uma postura constitucional mais vigorosa. Agora, com a renovação de sua composição, é possível que, em muitas questões, as posições antes minoritárias transformem-se em posições majoritárias. De outro ângulo, não se pode esquecer que, no Brasil, todo o Judiciário exerce jurisdição constitucional. Neste particular importa chamar a atenção para o importante trabalho desenvolvido, particularmente, pela magistratura de primeiro grau de jurisdição. Aqui, os jovens juízes têm demonstrado um apreço singular pela Constituição, demonstrando estarem comprometidos com a integral efetividade da normativa constitucional. Neste passo, parecem estar conscientes de que a integral efetividade da Constituição se não depende apenas do juiz, já que as condições políticas, sociais e econômicas não podem ser negligenciadas, tem na atividade judicial um aliado necessário. Há razões, portanto, para manifestar esperança.

Será que é hora de se criar no Brasil um Tribunal Constitucional?

Entendo que o Supremo Tribunal Federal ainda tem um importante papel a cumprir na república brasileira. Sustento, porém, que a competência do Supremo deve cingir-se à apreciação de matéria constitucional. Quanto ao modo de investidura de seus membros, penso que o atual sistema poderia se aperfeiçoado com (i) a exigência de aprovação do nome indicado pelo Presidente da República pela maioria de dois terços do Senado (permitindo, assim, o veto da minoria) e (ii) a proibição de que ocupantes de alguns cargos pudessem postular a indicação (Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, Ministro de Estado, especialmente o da Justiça, Parlamentar, etc.). O problema da investidura a tempo certo ("mandato") deve ser, igualmente,

[1] Entrevista concedida à JusPodivm, também publicada na *Revista Eletrônica da Unibrasil*.

debatido. Com efeito, não é bom para a evolução da jurisprudência a permanência dos Ministros por longos períodos (vinte, vinte e cinco ou trinta anos). Por outro lado, o Senado Federal deve melhor desempenhar o seu papel por ocasião da sabatina do indicado pelo Presidente e a sociedade brasileira de participar de modo mais ativo do processo de escolha do novo ministro. Neste ponto, a experiência americana tem algo a nos ensinar.

É necessária uma nova reforma do Poder Judiciário?

O problema é saber qual reforma. Sim, sou favorável a uma reforma que democratize ainda mais o acesso à justiça, que confira maior transparência à atividade não jurisdicional do Judiciário, que estimule a racionalização de sua Administração, que diminua os custos das demandas, que permita maior celeridade processual. Não sou favorável a uma reforma que amesquinhe o Judiciário enquanto Poder, que comprima a independência dos juízes, que interfira no exercício da atividade típica. No que concerne a esta atividade, temos uma série de mecanismos que permitem o controle. É o caso da necessária motivação das decisões, da publicidade das sessões, da manifestação da minoria nos órgãos colegiais, inclusive com a declaração de voto, da ampla recorribilidade das sentenças, etc. Por isso, é o campo disciplinar, da gestão, da racionalização orçamentária, da democratização do acesso à Justiça e da celeridade da prestação jurisdicional que deve desafiar a nossa atenção. Avançamos bastante depois da Emenda Constitucional nº 45/2004. O Conselho Nacional de Justiça veio para ficar. Tem exercido, no geral, porque mais acerta do que erra, um papel importante no processo de modernização da máquina judiciária brasileira. Mas ainda há muito a fazer. Os desafios que o nosso país impõe são sempre maiores.

OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ENTREVISTA)[1]

Fazendo um balanço dos 20 anos da Constituição Federal de 1988, quais os principais ganhos proporcionados por este período para o país e os brasileiros?

Os ganhos foram muitos. Temos hoje um país diferente. Gostaria de chamar atenção para os avanços marcantes no campo dos direitos fundamentais, na esfera institucional e na seara da experiência democrática. O brasileiro, atualmente, tem consciência de seus direitos e os reivindica. Basta ver que até mesmo os movimentos sociais contestatórios agem sob o signo da Constituição, não contra ela. Os direitos fundamentais, a certeza de que o papel do Estado encontra-se vinculado, sob pena de deslegitimação do poder político, à sua satisfação substancia importante conquista. Tal fato tem exigido uma releitura do direito, das categorias jurídicas, mas, também, um outro modo de praticar as profissões jurídicas. E tem-se, aqui, não apenas a reivindicação da satisfação dos direitos sociais, em especial dos prestacionais (saúde, moradia, previdência, educação), tendo nascido mesmo uma clareza em relação aos problemas decorrentes da exclusão e quanto à necessidade urgente de enfrentá-la (um país de excluídos não pode se apresentar como Estado Democrático de Direito), mas também a emergência da luta pelo reconhecimento (velha categoria renascida) das situações singulares a exigir tratamentos distintos (a diferença) para render homenagem ao princípio da igualdade. Isso tudo somado ao relativo consenso a propósito dos direitos fundamentais vistos agora como direitos de seres humanos concretos demandantes de tratamentos (por parte do Estado — eficácia vertical, ou de outros particulares — eficácia horizontal) efetivos que levem em conta essa situação. Daí a experiência jurídica neste campo sofrer renovação constante com as reivindicações concretas de trabalhadores, mulheres, negros, povos indígenas, tudo considerado delineando a ideia de uma sociedade mutante, plural e, ao mesmo tempo, única no sentimento de pertencimento a uma comunidade republicana construída a partir de fundamentos, presidida por determinados princípios e voltada a um fim determinado (construir uma sociedade livre, justa e solidária). Mesmo os direitos fundamentais clássicos demandam renovada leitura. Se for certo que os direitos sociais apresentam-se ligados à ideia de justiça distributiva, muitos dos direitos fundamentais aproximam o universo jurídico do campo

[1] Entrevista concedida à revista *RT Informa*, n. 55, set./out. 2008.

da moral. É nesse ponto que vemos a complexidade do direito à vida, por exemplo, num tempo em que a ciência pode abrir veredas destruidoras de velhas certezas ou num momento em que a emergência do pluralismo (da sociedade plural) aponta para um papel distinto do Estado naquilo que diz respeito às escolhas morais. Não se deve esquecer, por outro lado, que uma sociedade livre e aberta não pode prescindir da ideia de emancipação, que implica responsabilidade. Se a Constituição proclama um país formado por cidadãos, ela aponta para uma sociedade constituída por brasileiros emancipados, não dependentes. Isso exige um renovado papel do Estado no desempenho de suas atividades, mas igualmente do cidadão que deve perceber que numa república há direitos, mas também deveres derivados dessa condição.

Na esfera institucional, embora possam ser levantadas severas críticas à atuação dos órgãos constitucionais, ninguém discordará que estamos avançando. Temos instituições que vão se solidificando, de modo que a prática institucional brasileira é nitidamente superior àquela de muitos países que, como nós, superaram recentemente regimes autoritários. Mal ou bem, elegemos nossos governantes num quadro de eleições livres e periódicas. Claro, há o problema da qualidade da representação. Mas aqui, com o tempo, com o fortalecimento da esfera pública e com a ampliação das oportunidades educacionais, certamente a qualidade melhorará. Gostaria, neste ponto, de realçar para o papel do Judiciário, particularmente no exercício da jurisdição constitucional. Poderia falar algo a propósito do Ministério Público, instituição que vem prestando relevantes serviços à nação. Ou sobre determinados problemas de governabilidade que estão a exigir maior atenção, ou o excessivo uso das medidas provisórias que macula o funcionamento satisfatório de nossas instituições políticas. Todavia, calha chamar a atenção para o modo como vem atuando o Poder Judiciário. Aqui, tivemos uma renovação impressionante. Temos um novo Judiciário, do ponto de vista institucional. Um Judiciário comprometido com a Constituição. Claro, não se pode esquecer o problema que alguns vão chamando de explosão de litigiosidade, mas que não passa, na verdade, do fenômeno da descoberta, pelo cidadão, de que seus direitos podem ser reclamados junto ao Judiciário. Aqui, vemos a incapacidade de o Estado atender de modo satisfatório ao grande número de feitos aforados todos os anos. Mas soluções vão sendo buscadas: os juizados especiais, o processo eletrônico, o estímulo às soluções alternativas (mediação, arbitragem) e mesmo aquelas contempladas na reforma do Judiciário, como a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário, ou anteriores a ela, como o efeito vinculante nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, inclusive a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Dignos de nota, ainda, os esforços que vão sendo despendidos pelo Conselho Nacional de Justiça, errando aqui ou acolá, mas acertando mais do que errando. A sobrecarga do Judiciário é um problema que ainda nos desafiará por algum tempo. Mas vamos oferecendo respostas a ele. É importante, todavia, comemorar o fato de que o Judiciário vem se debruçando sobre a Constituição. Vem exercendo, particularmente, o Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião da Constituição. Se é certo que algumas decisões podem ser questionadas, talvez por denunciarem um certo ativismo, ninguém pode negar o importantíssimo serviço prestado pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Trata-se de um Supremo Tribunal Federal corajoso, determinado, consciente do seu papel histórico, que talvez apareça mais do que o desejável diante da relativa falta, nesta específica dimensão, de idênticos atributos do Executivo e do Legislativo.

Finalmente, cumpre apontar para a renovação da experiência democrática. Trata-se, aqui, de cuidar não do método de escolha dos governantes, mas já da experiência democrática da sociedade. A sociedade brasileira, sabemos, carrega, ainda, uma herança de

exclusão, hierarquias sutis, às vezes nem tanto, e de práticas pouco aceitáveis ainda provenientes do particular modo como foi sendo construída. Ou seja, uma herança desenhada mais a partir de relações pessoais — e menos a partir das exigências do império do Direito. A Constituição oferece um quadro de referências normativas refratário a essa herança. Daí a exigência de transparência na Administração Pública, o combate ao nepotismo, ao patrimonialismo, que repercute também em outras dimensões (relações no interior das famílias, das empresas, etc.). A Constituição, portanto, fornece o fermento para a modernização da sociedade, para a quebra da herança insustentável, para a democratização das relações sociais. Temos aqui também um avanço considerável que, é certo, deve ser tributado à dinâmica da própria sociedade brasileira que se moderniza combatendo a tradição hierarquizante, mas à dinâmica de uma sociedade que encontrou na Constituição uma aliada à altura.

Os direitos e garantias inscritos na Constituição Federal têm tido efetivo cumprimento? Como manter as conquistas constitucionais e concretizar todos os princípios da Carta Magna?

Os direitos fundamentais entraram na agenda do debate público. Isso é novo na experiência nacional. Eles contam. São reclamados. Uns são mais efetivos que outros, como sabemos. Mas a consciência crítica da sociedade é a principal aliada dos direitos fundamentais em busca de cumprimento. O processo de realização é contínuo, permanente, especialmente dos direitos sociais que jamais alcançam um ponto ótimo. A manutenção das conquistas constitucionais depende de uma vigilância permanente, uma prática constitucional compromissada e de um Judiciário independente. Temos muito a fazer. Mas estamos em um bom caminho.

Como o senhor avalia as recorrentes reformas do texto constitucional? Até que ponto o grande número de emendas prejudicam a consolidação dos direitos sociais garantidos pela CF?

A Constituição foi promulgada na antevéspera da queda do muro de Berlim. Na parte regulatória, a Constituição adotou modelos que não suportaram as transformações ocorrentes nos últimos anos. Isso explica em parte a necessidade de várias emendas constitucionais. Nem todas as aprovadas, todavia, podem ser racionalmente justificadas. Algumas foram desnecessárias. Outras, desafiam crítica aguda. É claro que as reformas somente se justificam quando verdadeiramente indispensáveis. Não é o que tem acontecido entre nós. A reforma recorrente, como todos sabem, contribui para a erosão da força normativa da Constituição. As reformas constitucionais exigem parcimônia e apuro técnico. E isso, lamentavelmente, tem faltado muitas vezes.

Em sua opinião, a Constituição Federal de 1988 foi capaz de conduzir as transformações aguardadas pela sociedade?

Como disse antes, com suas virtudes e seus defeitos, a Constituição tem permitido uma renovação da sociedade brasileira. Claro que isso se deve à dinâmica da própria sociedade que se moderniza. Mas a Constituição oferece o quadro normativo e de valores capaz de aprofundar essa transformação. Uma mudança que caminha em direção à construção de uma sociedade mais plural, mais democrática, menos hierarquizada, mais livre, mais justa e, consequentemente, mais democrática. Uma sociedade inteiramente submetida ao império do Direito. Temos um longo caminho pela frente. Os desafios são enormes. Mas devemos tomar a Constituição como aliada nessa tarefa. E não o contrário.

PÁGINA EM BRANCO

SAUDAÇÃO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR CAIO TÁCITO[1]

Neste mundo, vasto mundo, para usar a expressão de Drummond, alguns nascem, singelamente, para viver, apenas viver, o que definitivamente não é pouca coisa. Todavia, somente aos eleitos foi reservada a suprema ventura de gozar por inteiro os desafios e favores da existência, envolvendo ora doçura, ora amargura. Estes são jogados ao mundo para marcar a história. São raros tais mergulhadores do mar existencial, sinalizadores de direção e referências para gerações.

Há, mesmo, aqueles que nascem para viver, e vivem. Nascem para fazer história e a fazem. Marcam a vida e experimentam completamente a delícia de viver. Provam e não se recusam a provar, também, a dor e o imponderável da existência. Suportam e aceitam os limites da condição humana, ousando alargá-los até as paragens do horizonte alcançável. Não dão ouvidos ao verso de Giacomo Leopardi (*Se a vida é desventura, por que a gente a atura?*). São seres humanos, homens ou mulheres, ainda mais raros. Entre eles, porque soube conciliar a eleição dos deuses (a fortuna) com a determinação pessoal (*virtu*); porque, no campo do direito público, contribuiu de modo singular para o aperfeiçoamento da literatura jurídica brasileira, merece ser sempre lembrado o reverenciado Professor *Caio Tácito*.

No momento em que o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo promove o I Congresso Sul-Americano de Direito Administrativo, a Comissão organizadora, diante da indicação apresentada pelo Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, decidiu prestar merecida homenagem àquele a quem muito deve o direito administrativo brasileiro.

Ao Professor Caio Tácito os congressistas prestam homenagem motivados por suas reconhecidas qualidades como pessoa, jurista e professor. Ser humano singular, as suas virtudes explicam com facilidade o respeito que alcançou entre seus pares. Aliás, neste campo, é de lembrar que, apesar dos inúmeros afazeres, jamais deixou de atender aos mais jovens, aos novos profissionais que, encantados com seu patrimônio intelectual, a ele acorrem na esperança de encontrar apoio para o ingresso no admirável, mas difícil, mundo do conhecimento jurídico. Como jurista, não é diferente. O homenageado foi um dos responsáveis pelo expressivo prestígio do direito administrativo

[1] Proferida no I Congresso Sul-Americano de Direito Administrativo, realizado em Foz do Iguaçu em 1997.

em nosso país. Através de suas palestras, de suas obras e de seus incontáveis pareceres, contribuiu fortemente para o engrandecimento do direito público. Aliás, nos últimos anos vem se dedicando a explorar temas novos, polêmicos, difíceis, acrescentando novas dimensões à nossa experiência jurídica. A preocupação com a nova Constituição, com os direitos fundamentais, com o eventual excesso do atuar do Poder Legislativo, com os limites do poder regulamentar e da discricionariedade administrativa, com o renascimento do contrato administrativo e da concessão de serviço público, isso tudo bem demonstra estar o ilustre professor perfeitamente inserido no seu tempo. Com o rigor que lhe é peculiar, oferece, aos juristas e iniciados, com a sua inestimável obra, reflexão aprofundada sobre as questões contemporâneas.

Neste ponto, aliás, cumpre lembrar a incontrastável significação do trabalho que desenvolve, na qualidade de Diretor, à frente da *Revista de Direito Administrativo*. A *Revista de Direito Administrativo*, como todos sabem, é veículo indispensável para todos aqueles que vivem o direito público. Os seus números, desde a sua fundação, substanciam verdadeiro repositório da inteligência brasileira voltada para o direito público. A história recente do direito administrativo, aliás, pode ser reescrita a partir dos números que vieram a lume. E, aqui, o papel desempenhado pelo Professor Caio Tácito é de transcendental importância. Sucedendo o Dr. Carlos Medeiros Silva, fundador e primeiro Diretor, o Professor Caio Tácito vem cuidando, com absoluto êxito, desta verdadeira joia da literatura especializada do país.

Então, estimado Professor Caio Tácito, rogamos que aceite esta singela homenagem do I Congresso Sul-Americano de Direito Administrativo. Uma sincera homenagem prestada pelos administrativistas reunidos em Foz do Iguaçu. Uma pausa, uma pequena pausa, na vida repleta de alegrias, mas, também, talvez por isso mesmo, de lutas, desafios e trabalho.

Sim, lutas, desafios e trabalho. Porque, para pessoas como o Professor Caio Tácito, calha o verso proposto pelo italiano Domenico Corradini Broussard no poema intitulado "Anche domani ricomincia il rischio dell'agire". E, por isso mesmo, cumpre cantar a doce alegria de viver dos que vivem, dos que fazem, dos que deixam expressivas e históricas marcas por onde passam. Sim, o segredo destes homens, como o Professor Caio Tácito, talvez tenha sido desvendado pelo poeta:

O nosso segredo
está nos gestos repetidos das mãos,
das mãos que colhem espigas
e as transportam ao moinho,
das mãos que amassam e enfornam,
das mãos que fiam e tecem.

Existe um fio
Que, entre nós, tece discursos e entrelaça as tramas do destino.

Incenso do eterno
silêncio
do absoluto silêncio
e quietamente
vamos
sim.

DISCURSO EM AGRADECIMENTO PELA CONCESSÃO DO TÍTULO DE CIDADÃO HONORÁRIO DE CURITIBA[1]

Já não quero dicionários
Consultados em vão.
Quero só a palavra
Que nunca estará neles
nem se pode inventar.

Que resumiria o mundo
e o substituiria.

Mais sol do que o sol,
dentro da qual vivêssemos
todos em comunhão,
mudos,
saboreando-a.

(Carlos Drummond de Andrade. *Palavra*)

Em 1975, proveniente de Guarapuava, desembarquei em Curitiba. Vim para estudar, fazer o cursinho preparatório ao vestibular, com o sonho de cursar Direito na Universidade Federal do Paraná. Aqui tinha queridos parentes: os meus avós maternos, nessa altura, apenas a minha avó materna, meus tios e primos por parte de mãe, entre os quais não posso deixar de referir os calorosos Dalmir e Prudente, alguns parentes por parte de pai, e aqui devo lembrar a Dona Muriel, irmã de meu avô paterno, personalidade ímpar, mulher valorosa, exemplo para todos. Sentia-me confortável, portanto, na

[1] Proferida na Câmara Municipal de Curitiba em 2003, na ocasião de outorga do título de Cidadão Honorário de Curitiba.

Capital. Fui morar na Rua Iguaçu, com uma afetuosa tia (Dinazir Dilma) e um dedicado primo, seu filho Jéferson. A rotina era simples: estudar e estudar. Algumas viagens a Guarapuava, para visitar a família, os pais e os irmãos, e assim passavam os dias. O tempo era tomado pela rotina. Mas não os sonhos. Estes sempre foram cavalos alados conduzindo a um mundo de possibilidades. Queria, como todos os jovens, construir, estudar, fazer. Por mim, pelas minhas cidades, pela minha família. Fazer por prazer, por ofício, com naturalidade, porque esta seria a missão, a marca designadora de minha identidade.

Aprovado no exame vestibular, frequentei o curso de Direito na Universidade Federal e Economia, por um tempo, na FAE e, mais tarde, igualmente na Federal. Estimulado pelo meu pai, comecei a estagiar, na área jurídica, já no segundo ano do curso. Fazia o Curso de Direito pela manhã, estagiava à tarde num escritório que foi determinante para a minha formação — o escritório do notável advogado Roberto Machado, competente profissional que, todos os dias, disparava perguntas, especialmente para ver se eu andava mesmo estudando — e à noite ia para a Faculdade de Economia. Durante os intervalos estudava e, porque jovem, me divertia. Não havia heroísmo nas escolhas. Eram simples, quase naturais. Meus amigos, especialmente os colegas da Faculdade de Direito, seguiam caminho semelhante. Xixo fazia Letras à noite. Valdir, Estudos Sociais. O Trento era aluno do curso de Administração. Todos estudantes de Direito na Federal, pela manhã.

Tive, mais tarde, ocasião de residir com minha irmã, Christiane, minha primeira e definitiva amiga, no mesmo apartamento da Iguaçu. Nessa ocasião, Dona Mercedes, minha avó materna, esteve conosco. E como era bom! Cuidava dos netos, não deixava faltar nada, especialmente amor e atenção. E nós estudávamos. Christiane passou pelo cursinho, tendo depois frequentado o curso de Odontologia, também na Universidade Federal. Formada, retornou para Guarapuava para exercer a profissão, onde mantém com Jorge, meu cunhado, uma linda família. Eu continuava meus estudos e meus estágios.

Conheci o inferno da prisão, como estagiário da área jurídica da Penitenciária Central do Estado. Aprendi, depois, no escritório mantido por Carlos Freire Faria, professor de Tributário na UFPR e pelo guarapuavano João Luiz de Toledo prematuramente falecido. Lá, tive ocasião de compreender um pouco mais o mundo, suas dores, suas chagas, suas injustiças. Percebi claramente que advogar implica compromisso e determinação. Mas também humildade. Algo mais do que simplesmente agir para fazer profissão.

Fui funcionário do Tribunal Regional Eleitoral, onde conquistei amigos. Durante o curso de graduação tive ocasião de ler muito. Li um pouco de tudo. Filosofia, sociologia, história, literatura, economia, direito, política. A leitura era intensa, já que a curiosidade era grande e as falhas na formação evidentes. Aliás, até hoje o exercício continua. A consciência do pouco que sei é cada vez maior. Daí a opção pela carreira acadêmica. Um lugar onde se ensina, ora, para ensinar é preciso estudar, aprender. Sempre. Não há, afinal, possibilidade de academia sem estudo permanente.

No último ano do Curso de Direito, a angústia. O que fazer? Um dado curioso, que talvez pouca gente saiba. Profundamente marcados à época, pelo pensamento marxista, escrevemos — eu e o Xixo, já à época amigo de todas as horas — ao então Presidente de Angola, Dr. Agostinho Neto, oferecendo nossos préstimos à causa angolana. Pretendíamos, idealistas e ingênuos, dar nossa contribuição ao processo de construção do novo país, recém-alçado à condição de Estado independente. Tínhamos como credenciais

nossa luta estudantil ao lado do Fachin, do Manoel Caetano e do Nora, entre tantos outros, sempre marcada pela crítica ao regime militar e pela defesa do restabelecimento das franquias democráticas. Recebemos simpática carta do poeta e Presidente Agostinho Neto, agradecendo a oferta, mas, ao mesmo tempo, afirmando que Angola precisava mesmo, naquele momento, de enfermeiros, médicos, agrônomos e professores. Não de advogados. Nós seríamos mais úteis aqui, apoiando à distância a causa angolana. Frustrado, mas ao mesmo tempo — confesso — aliviado, pude continuar meus estudos, como bolsista, ora da Capes, ora do CNPq, no mestrado da UFSC e no doutorado, na *Université Catholique de Louvain*, Bélgica, inicialmente, e mais tarde na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Isso depois de ver também frustrado o irresponsável projeto de fazer vida literária. Tendo submetido à Civilização Brasileira, editora que na altura fazia sensação entre os jovens, para publicação, um pequeno livro de poemas, recebi mensagem do Ênio Silveira, festejado editor, cortando minhas esperanças. Não, o livro não era prova de talento literário. Sim, talvez fosse mais fácil ser advogado.

Retornando da Bélgica, escolhi Curitiba para residir definitivamente. Por todas as razões. Pela família, pela qualidade de vida, pela minha experiência enquanto estudante, pelo sonho de ser professor da Universidade Federal do Paraná. Quando subi, pela primeira vez, ainda como estudante, as escadas do velho prédio da Santos Andrade, decidi que naquele lugar haveria de permanecer por muito tempo. Daí a razão pela qual, formado bacharel, continuei estudando para voltar um dia como professor. Professor que fez carreira rápida. Que, aprovado em concurso público, com menos de trinta anos já dava aula no Curso de Mestrado. E que com trinta e quatro, com seis livros publicados, assumia, graças aos favores da fortuna, a primeira Cátedra de Direito Constitucional da história da UFPR tendo sido, à época, o mais novo catedrático de Direito Constitucional do Brasil. Nesse tempo profícuo, tive ocasião de exercer a Coordenação e a Vice-Direção do Curso de Direito da UFPR. Fui brindado também, graças à confiança depositada pelo então competente Diretor da Faculdade, Professor Joaquim Munhoz de Mello, com a missão de presidir a comissão responsável pela implantação do Curso de Doutorado da Instituição, programa que hoje, mercê da profícua gestão dos seus sucessivos coordenadores, é um dos melhores do Brasil. Não posso, neste momento, deixar de lembrar três nomes marcantes na minha formação acadêmica. Refiro-me ao Professor Luis Fernando Coelho, responsável pela apresentação do fértil campo da filosofia do direito, ao Professor Francis Delpérée, professor belga que apontou a necessidade de rigor e senso prático nos estudos constitucionais, e o Professor Sansão Loureiro, este gênio do direito constitucional paranaense, tão discreto quanto erudito, que abriu mão de uma carreira para realizar-se nos feitos de um antigo aluno de graduação.

Fui, por dois intensos e felizes anos, Procurador da República, tendo depois, uma vez vitaliciado, deixado a carreira para dedicar-me à advocacia privada e à advocacia pública, esta última na valorosa Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, lugar de gente competente e orgulhosa da instituição.

Curitiba, portanto, é o lugar que escolhi para morar, para constituir meu lar, para constituir família, para celebrar a amizade, para exercer minha profissão. Curitiba, entre as cidades brasileiras sempre residiu em lugar dedicado às mais queridas, e aqui já não falo das qualidades da cidade, que são muitas. Aqui falo de carinho, de gosto, de paixão. Paixão que mantenho pela minha pequena Pitanga, onde tive a felicidade de nascer e onde cultivo muitas amizades, sendo as mais importantes as que conquistei ainda nos dois primeiros anos de escola, cumpridos no Colégio Santa Terezinha, os únicos que frequentei naquela terra. E esta é razão para o nascimento da UCP (Faculdades do Centro do Paraná), instituição que vai mudando o perfil da região central do Paraná. Paixão

que nutro, igualmente, por Guarapuava, cidade onde passei minha adolescência, anos doces e felizes, onde guardo, igualmente, inúmeros amigos e, por isso mesmo, está lá a Faculdade Campo Real, contribuição que nós, velhos companheiros guarapuavanos, quisemos oferecer à cidade que vai se transformando em importante polo universitário.

Em Curitiba, nasceu a UniBrasil (Faculdades Integradas do Brasil), projeto acadêmico construído com desprendimento e audácia e que, passados cinco anos, apresenta-se como importante instituição universitária, reconhecida pela sua competência e pela qualidade de seus cursos. Qualidade que tem sido atestada pelo MEC, diante dos resultados que vai obtendo nas avaliações das condições de ensino para efeito de reconhecimento. São hoje cerca de cinco mil alunos que estudam numa área de cento e vinte mil metros quadrados. São mais de duzentos funcionários e trezentos professores, razão pela qual a UniBrasil emprega hoje mais do que muitas empresas multinacionais recentemente instaladas em Curitiba. Paga, entre impostos, contribuições e taxas, um montante bastante significativo, contribuindo para o país, não apenas com a qualidade de seu ensino, sempre comprometido com os destinos do Brasil, como o próprio nome da instituição indica, mas também com a oferta de empregos e o pagamento de tributos. É importante que a sociedade curitibana tenha a real dimensão do que esses professores — a UniBrasil é a única instituição privada de Curitiba mantida exclusivamente por professores — têm feito em benefício da cidade e de sua gente.

Em Curitiba construo minha identidade. Aqui desenho minha trajetória, minha singela biografia. Aqui tive a felicidade de constituir família, uma feliz família, com Marcela, esta maringaense amorosa e dedicada que tive a sorte de encontrar e de quem tanto recebo, e meus filhos Ana Carolina, João Pedro e Fábio, orgulhos de minha vida. Aqui, tenho ocasião de conviver com meus pais, estes valorosos pais que souberam como poucos educar seus filhos, dar o exemplo devido, censurar ou apoiar na hora certa, daí a razão do sucesso dos demais irmãos, todos respeitados profissionais e, mais do que isso, excelentes pais, mães, marido ou esposas. É para mim uma sorte ter Christiane, Luiz Roberto e Luciane como irmãos. É nesta cidade que desenvolvo meus sonhos, e sonho cada vez mais, nem a idade consegue me curar. É na atmosfera de Curitiba que me sinto definitivamente em casa. No passeio de sábado no Mercado Municipal, na caminhada semanal nas ruas do Ecoville até o Campo Comprido, nas visitas com Marcela à Catedral ou às simpáticas paisagens dos arredores da cidade, nas visitas às livrarias, na empadinha do Caruso, no chope do Bar Brahma, no almoço familiar domingueiro em Santa Felicidade, no futebol do Paraná Clube, mesmo perdendo mais uma vez, na feirinha do largo da ordem, na visita indispensável às galerias de arte e, em especial, ao Solar do Rosário, nos cinemas de todos os dias, na nova peça do Guaíra ou na última apresentação da cada vez melhor Orquestra Sinfônica do Paraná, nas maravilhosas exposições do MON, nos passeios cotidianos pelo bem cuidado *campus* da UniBrasil, onde concretizamos, dia a dia, um projeto coletivo, ou nas conversas, infelizmente, cada vez mais raras, com os advogados, funcionários e estagiários do meu escritório de advocacia. É em Curitiba que vemos os quadros do De Bona, do Garfunkel, do Guido Viaro ou do Josué Démarche e os painéis inconfundíveis do Poty Lazarotto ou do Rogério Dias. É Curitiba a terra do Leminski, da Helena Kolody e do Dalton Trevisan. Este, portanto, é o meu lugar. O lugar que escolhi sem jamais me esquecer de onde vim. O lugar onde pretendo ficar, onde tudo faz sentido, onde o esforço guarda uma finalidade, onde o trabalho é fonte de prazer e de enriquecimento pessoal, onde gasto o finito tempo existencial para fazer algo que importe.

Recebi, mercê da generosidade de tantos, alguns títulos e condecorações. Passei por várias cidades. Morei em muitos lugares, aqui e no estrangeiro. Tenho muito a agradecer. Tenho sido contemplado com mais do que pedi e com mais do que mereço. O título que recebo hoje é especial. Tem uma significação maior. Carrega um simbolismo inexcedível. Sempre me senti cidadão curitibano. Sempre procurei agir como um. Agora, passo a ser um, de fato e de direito. Mas não o tomo para mim. Gostaria que todos que estiveram nesta caminhada ao meu lado, minha mulher, meus filhos, meus pais e irmãos, meus familiares em geral, meus amigos e companheiros, se sentissem também *homenageados* e *felizes*. *Homenageados* porque também recebem o reconhecimento dos representantes do povo de Curitiba, já que uma vida não se faz sozinho. É preciso gente, vida, amigos, projetos e sonhos compartilhados. E *felizes* por saberem que o Brasil tem cidades como Curitiba, que recebe imigrantes, que os acolhe, que dá a eles condições para o crescimento, para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Curitiba é o lugar onde se pode fazer a América. É o paraíso bíblico. É a cidade onde o sonho pode ser realidade.

E Curitiba, além de tudo, tem vereadores como Ney Leprevost, o proponente do título que ora com orgulho recebo, filho de pais adoráveis, contando com irmãos empreendedores, dotado de rara sensibilidade para perceber o quanto um gesto pode ser importante para uma pessoa, para uma gente, para uma cidade. Esta rara sensibilidade, que nem sempre encontramos, no campo da política ou entre aqueles que estão às vezes até mais próximos, mas que faz toda a diferença. Muito obrigado, Ney, pela proposta, obrigado senhores vereadores pela aprovação unânime, ao Prefeito de Curitiba, que sancionou o projeto de lei e, finalmente, ao povo de Curitiba, que através de seus legítimos representantes me brinda com este presente. Estou ciente da responsabilidade. E, por isso, farei o que estiver ao meu alcance para honrar o nome de Curitiba e defender os interesses de sua gente. Com sentimento de pertencimento e alegria no coração. Afinal, como lembra Paulo Leminski numa letra bastante conhecida, "isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é/ ainda vai nos levar muito além".

Muito obrigado.

PÁGINA EM BRANCO

DISCURSO PROFERIDO EM NOME DA FAMÍLIA NA SOLENIDADE DE INAUGURAÇÃO DE FÓRUM ELEITORAL QUE LEVA O NOME DO SERVIDOR HORLEY CLÈVE COSTA[1]

Sinto-me profundamente honrado com a missão de falar em nome da família de *Horley Clève Costa* nesta solenidade de inauguração do Fórum Eleitoral da Comarca de Faxinal que leva o seu nome.

O Horley demonstrava um grande respeito pela Justiça Eleitoral. Sabia da importância dessa Justiça para a plena realização da democracia brasileira. A Justiça Eleitoral, instituição genuinamente brasileira, fonte de inspiração para muitos países, foi criada na década de trinta do século passado para assegurar a autenticidade da representação política, administrar o processo eleitoral e decidir judicialmente os casos eleitorais, sejam eles cíveis ou criminais. Presta-se, admiravelmente, para a garantia da igualdade nas eleições, do princípio de paridade de armas, coibindo os abusos do poder político ou do poder econômico. A magnitude da tarefa a cumprir reclama quadros funcionais qualificados e estrutura adequada, além de juízes e promotores diligentes, capazes e imparciais.

Ora, temos observado nos últimos tempos a melhoria contínua dos serviços prestados pela Justiça Eleitoral. Tais serviços alcançam, no país, mercê da presteza e da qualidade que os acompanham, um prestígio tão importante quanto o conquistado pela diplomacia brasileira ou pela receita federal. A rapidez na expedição do título eleitoral, a urna eletrônica, motivo de orgulho para todos, a contagem dos votos em tempo recorde, a estrutura adequada, a profissionalização dos quadros funcionais em virtude de concursos públicos rigorosos, tudo isso contribui para o sucesso desse ramo da Justiça.

Estamos hoje inaugurando mais um Fórum Eleitoral nas terras paranaenses. São já mais de noventa, disse o Desembargador Rogério Kanayama. O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná é um dos mais respeitados do país, quase sempre o primeiro a divulgar os resultados dos pleitos eleitorais. Isso porque tem gestão atenta, suporte material confortável e quadros valorosos. Vemos, neste momento, outra unidade física da Justiça Eleitoral sendo entregue. Ponto para Faxinal, cidade que estava a merecer

[1] Em 22 de junho de 2012 na cidade de Faxinal/PR.

este presente. A estrutura física, todavia, embora indispensável, compõe apenas o lado visível de um sistema complexo. Há, invisível aos olhos menos atentos, quase suposta, uma inteligência que une todos os Fóruns. Está-se a falar da dimensão organizacional que atua com o auxílio do extraordinário sistema computacional implantado pela Justiça Eleitoral. Esta inteligência explica também a eficiência desse ramo da Justiça. E aqui emerge, com grandeza invulgar, o nome do Horley.

O servidor público Horley, filho de Dona Eloé, esposo de Ivani, pai de Álvaro e de Daniel, todos aqui presentes e muito tocados com a homenagem, era um apaixonado pela Justiça Eleitoral e, em particular, pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Acreditava nas suas virtudes. Ali encontrou a sua identidade profissional, ali se sentia em casa, com seus amigos e colegas, ali desenvolvia as suas capacidades, a sua imaginação, os seus esforços. Ali deu o melhor de si. No Tribunal Regional Eleitoral do Paraná viveu, sofreu, alegrou-se, aprendeu, deu o que tinha para dar e muito recebeu em troca. Conta, o Tribunal, como sabe a comunidade jurídica, com um ambiente de trabalho extraordinário. Posso dizer isso de cátedra, eu que tive a felicidade de servi-lo por duas vezes, a primeira como funcionário, a segunda como juiz eleitoral representando a classe dos juristas. Trata-se de um terreno fértil para os talentos.

O homenageado ajudou a desenvolver ou a implantar os sistemas de inteligência necessários para a boa aplicação das leis eleitorais ou para o bom exercício das competências deferidas pelo Constituinte e pelo Legislador aos juízes e gestores eleitorais. Viajou pelo Estado para auxiliar na implantação de novos Fóruns Eleitorais. Terá, agora, o seu nome gravado eternamente no frontispício de um deles. E não de um qualquer, mas do Fórum de Faxinal, cidade que não fica tão distante da sua querida Pitanga natal. Esta imensa região central do Estado, mais ao sul ou mais ao norte, sempre esteve presente em suas preocupações, em sua cogitação, em sua memória. Quis a vontade que governa o universo que, embora residido na Capital, tendo nesta imensa região central nascido, também aqui se *encantasse*, voltando para os braços do destino que é o único a saber, com segurança, de onde viemos, para onde vamos e, mais, quando isso tudo se dará.

Digo *encantasse*, do verbo encantar, que tomo emprestado a Guimarães Rosa, porque sabemos que na verdade ninguém morre. Estamos sempre vivos neste imenso mundo, só mudamos o modo de viver. Experimentamos a matéria ou vivemos na memória, nas lembranças das pessoas que amamos. Disse Dona Eloé, sua mãe amantíssima, ainda na semana passada: "Para mim ele não morreu". Para nós todos que o admiramos tanto, mais particularmente para a família, e de modo especial para a mãe, que será sempre mãe, para a mulher e para os filhos, ele de fato continua vivo nos exemplos que deixou e nas fotografias mentais dos momentos de significação transcendente que são eternos. Ele reside, agora, na memória. Uma memória que se calcifica, se condensa, se materializa, ainda que de outro modo, também neste edifício que leva o seu nome. É assim. Mário Quintana, o notável poeta gaúcho, com certa dose de ironia, mas apontando para uma impressão pessoal bastante verdadeira, propôs para o seu epitáfio a seguinte frase: "Eu não estou aqui". E a verdade é que ele não está mesmo no túmulo onde repousam os seus restos mortais. Está, antes, em outros lugares, nos poemas que compôs, nas amizades que construiu, nas recordações da família, na história da literatura nacional e, mesmo, do país. Não é diferente com o Horley.

Cumpre, nesta altura, agradecer ao Tribunal pela singular homenagem que bem demonstra a admirável sensibilidade de seus membros, e o faço dirigindo-me ao Senhor Presidente, o Desembargador Rogério Kanayama, magistrado exemplar, muitíssimo respeitado por todos aqueles que compartilham, em nosso Estado, as venturas e desventuras da experiência jurídica.

Esta é, cumpre lembrar, a segunda homenagem prestada pelo Tribunal ao servidor público Horley Clève Costa. Já no dia 16 de janeiro de 2012, por proposição do Juiz Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro, poucos dias depois do seu passamento, em sessão que contou com a presença da Doutora Ana Flora França e Silva, que secretariou os trabalhos na condição de Diretora-Geral da Secretaria, do proponente e dos juízes Fernando Ferreira de Moraes, Luciano Carrasco Falavinha Souza e Andrea Sabbaga de Melo e da Procuradora Regional Eleitoral Doutora Adriana Mathias dos Santos, foi aprovado, por unanimidade, voto de profundo pesar. Naquela ocasião o Dr. Auracyr lembrou que o "Horley Clève Costa foi um homem bastante inspirado, estudioso da informática, foi quem realizou todos estes projetos que hoje estão sendo utilizados por nós juízes e pelos senhores advogados [...]. Foi, talvez, dos funcionários da Casa, um dos que mais se interessou pelo Tribunal, um dos que mais se apaixonou pela jurisdição aqui dentro, tanto que ele realizou todo esse sistema de coleta jurisprudencial que nós temos". À manifestação do Tribunal, falando em nome dos advogados e do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral, aderiu o ilustre advogado Dr. Guilherme de Salles Gonçalves.

A segunda homenagem, a definitiva, é esta que se realiza em cumprimento do especificado na Resolução nº 614/2012, do TRE/PR, por meio da qual foi conferido o nome de Horley Clève Costa para o Edifício do Fórum Eleitoral de Faxinal.

Penso que o homenageado, esteja onde estiver, olhando para nós, compreenderá e aprovará, inteiramente satisfeito, este inolvidável gesto. Provavelmente dirá, nesse lugar para onde todos nos dirigiremos algum dia, que valeu a pena ter vivido. Porque é para isso, afinal, que vivemos; para, numa relação de afeto ou de cooperação construtiva, dar e receber. Para, em função do trabalho, da família e dos amigos, desenhando algum sentido para a finita existência, deixar rastros de memória que irão constituir não a nova identidade, mas, antes, o novo modo de preservar a identidade construída.

A família sabe disso. E, por isso, reconhecida, absolutamente reconhecida, agradece tão imensa demonstração de generosidade dos Senhores juízes e servidores do Tribunal. A família também agradece, com manifestação de sentimento sincero, a comunidade de Faxinal que agora acolhe o nome do Horley em um de seus edifícios públicos. Fica aqui, portanto, o abraço fraterno da família, em particular da mãe, Dona Eloé, da esposa Ivani e dos filhos Daniel e Álvaro.

Neste ponto, para concluir, retomando a impressão de Dona Eloé quanto ao encantamento do filho, talvez seja oportuno lembrar, outra vez, Mário Quintana, que, num poema chamado *parece um sonho*, disse o seguinte:

Mas tua imagem, nosso amor, é agora
Menos dos olhos, mais do coração.
Nossa saudade te sorri: — não chora...

É preciso dizer mais? Muito Obrigado.

PÁGINA EM BRANCO

NE TE QUAESIVERIS EXTRA[1]

Ser Terra/ E cantar livremente/ O que é finitude
E o que perdura./ Unir numa só fonte
O que souber ser vale/ Sendo altura.

(Hilda Hilst)

Agradeço, sensibilizado, ao Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil e, especialmente, ao seu Presidente, o Dr. Edgar Luiz Cavalcanti de Albuquerque,[2] o gesto fino, gentil e, sobretudo, simbólico, de designar este advogado, filho mais velho do novo Desembargador, para falar em nome dos profissionais da advocacia paranaenses nesta solenidade de posse. Gestos desta natureza não podem ser esquecidos.

Eminente Desembargador *Jeorling Joely Cordeiro Clève*:

Proveniente das terras da distante Dinamarca, mais particularmente de região hoje incorporada à Alemanha,[3] tendo antes estudado Medicina em Berlin, Luiz Daniel Clève, antes Ludwig Daniel Heirich Klèwe, filho de Christiano Carlos Clève, general das armas francesas exilado de sua pátria por motivos políticos, e de Henriqueta Frederica Maria Magdalena, chegou muito jovem ao Brasil, com pretensão de *fazer a América*. Aportou em Paranaguá, por acaso, na condição de passageiro do navio *Emily*, com outros 219 migrantes, todos embarcados no porto de Hamburgo.[4] Nos lindos campos de Guarapuava fixou sua residência, constituiu família, se fez brasileiro, orgulhoso, inclusive, de falar a língua portuguesa como poucos. Fundou o primeiro jornal do interior paranaense, contribuiu para a fundação de importante clube, foi deputado provincial e Coronel da guarda nacional. Praticou nas terras paranaenses, de modo intenso, o respeito pelo Brasil e o amor pelos seus filhos. Defendeu as causas paranistas e brasileiras. Se vivo estivesse, qual não seria a sua impressão ao ver o neto de um

---

1 Discurso proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 26 de maio de 1999 por ocasião da posse do Desembargador Cordeiro Clève.

2 Ofício nº 294/99, subscrito pelo Senhor Edgard Luiz Cavalcanti de Albuquerque, Presidente do Conselho Estadual da OAB.

3 Vila de Otlensen, Municipalidade de Altona, Ducado de Holstein, área hoje incorporada a Hamburgo, Alemanha.

4 CLÈVE, Jeorling Joely Cordeiro; CLÈVE, Luiz Daniel. *Memória histórica*. Curitiba: Juruá, 2004.

de seus filhos alcançar o mais alto posto da magistratura paranaense. Provavelmente seria assaltado pelo mais vivo sentimento de realização. Afinal, conseguiu fazer dos Klèwe, em alemão, ou Clève, em francês, guarapuavanos, pitanguenses, curitibanos, paranaenses e, sobretudo, brasileiros. Daria como certo, afinal, que a *América foi feita*. Missão cumprida.

O Dr. Jeoling Joely Cordeiro Clève, meu querido pai, agora Desembargador Cordeiro Clève, não traiu a herança que recebeu. De formação moral rígida, de modo discreto, mas sempre firme, trilhou o caminho que, uma vez considerados os ideais dos seus, planejou para si. Levou a sério a advertência dos sábios inscrita na epígrafe deste discurso: *não te procures fora de ti mesmo*. Afinal, o caráter escreve o destino. Ou como dizem Beaumont e Fletcher (Epílogo a *A fortuna do homem honesto*), sintetizando sabedoria milenar, "O homem é sua própria estrela; e a alma que pode/ Tornar um homem honesto e perfeito,/Comanda toda luz, toda influência, todo destino; Nada lhe acontece cedo ou tarde demais".[5]

O menino alegre dos campos e lagoas da sempre amada Guarapuava, habitante do velho casarão colonial próximo à atual Praça Clève, cedo deixou os amigos do terceiro planalto para dedicar-se à manufatura do futuro na então distante Capital. O poema de Hilda Hilst ilustra o sentimento: "Tive uma rua clara e a vontade gentil de descobrir o mar./E se o ombro apenas começava um movimento rítmico de asa/Eu era navegante e navegava./Que te alegres de mim./Entardeci possuído de infância".[6] Em Curitiba concluiu o Clássico, alcançando, mais tarde, ingressar na prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, uma das melhores do país e onde, muitos anos depois, na condição de professor titular, veria um de seus filhos.

Embora contando com o apoio familiar, desde cedo labutou pelo sustento. Os tempos eram outros. Entre a formação militar (CPOR) e a acadêmica (concluiu o Curso de Direito em 1957), trabalhou para o serviço público estadual. Formado, retornou para o centro-oeste, designadamente para a não menos amada cidade de Pitanga, já comprometido com aquela jovem estudante de Letras com ascendência alemã e italiana, futura professora de língua portuguesa e literatura, que escolhera para companheira e mãe dos quatro filhos que haveria de ter.[7]

Na pequena cidade de Pitanga foi advogado, promotor interino e professor, tendo, ao lado de amigos e da mulher, fundado o primeiro Ginásio Estadual, conquista importante para o povo daquela região.[8] Foi, como todo jovem de seu tempo, também político. Vereador e Presidente da Câmara Municipal, por duas vezes, felizmente sem êxito (confessa com satisfação), tentou a deputação estadual. O seu temperamento já estava definido. Não fora feito para a política partidária, nem mesmo para a advocacia privada, conquanto nesta última tenha alcançado indiscutível prestígio. O magistrado já despontava como chamado da vocação. Cuida do que é teu, do que é próprio da tua

---

[5] No original: "*Man is his own star; and the soul that can/Render an honest and perfect man,/Commands all light, all influence, all fate;/Nothing to him falls early or too late*".

[6] *Quando a memória transformada em ave pousar sobre o meu peito a sua leveza*. São Paulo: Mediafashion, 2012, p. 85. Exercícios.

[7] Dona Dirce D. Merlin Clève. Os filhos pela ordem, do mais novo ao mais antigo: Luciane (Juíza Federal), Luiz Roberto (Procurador de Justiça), Christiane (Dentista) e Clèmerson.

[8] Muito mais tarde, já residindo em Curitiba, contribuiu para a implantação do ensino superior na cidade que, especialmente por isso, se transformou. Como expressão do seu afeto por Pitanga, publicou um livro cuidando da história do Município. O mesmo fez com Guarapuava, sua cidade natal. Escreveu também a biografia de Luiz Daniel Clève, o dinamarquês que escolheu o Brasil para viver.

natureza, segue o que sugere o coração! —, recomenda Ralph Waldo Emerson, para quem "aquilo que um homem é, ele o adquire necessariamente, e aquilo que o homem assim adquire é propriedade viva que não espera o gesto dos governantes, nem a turba, nem as revoluções, nem o fogo, nem as tempestades, nem as bancarrotas, mas se renova perpetuamente onde quer que homem respire. 'Teu quinhão ou porção de vida', disse o califa Ali, 'te procura; assim sendo, folga em procurá-lo'".[9]

Aprovado brilhantemente em concurso público, abraçou a magistratura com disposição. Juiz Substituto em várias Comarcas, foi titular em Piraí do Sul, Ivaiporã e, claro, Guarapuava. Planejou sua carreira de tal modo que pudesse passar pela cidade onde nasceu. Ali reviu os amigos de infância, fez outros tantos, honrou a magistratura e distribuiu justiça. Sua passagem por Guarapuava, ainda hoje, passados muitos anos, é recordada com saudade por jurisdicionados e advogados. Sério, correto, sensível ao drama das partes e à fragilidade da condição humana, sempre esteve a dedicar-se, inteiramente, à profissão. Apenas a família alcançava sucesso na disputa com o tempo dedicado à arte e missão de ser juiz. À parte isso, como Drummond, sempre esteve a carregar nos ombros o *sentimento do mundo* e, então, "como o presente é tão grande", *observa o poeta*, insiste o Desembargador com a família: "não nos afastemos./Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas".[10]

Trata-se, portanto, de um juiz integral.[11] Um magistrado feliz pelo fato de ser juiz. Alguém plenamente realizado, absolutamente sereno e convicto quanto ao acerto da decisão que o levou ao Judiciário. Faz o que gosta, sabe que faz o que gosta, e por isso encara a atividade como algo além de simples trabalho. É labor e lazer a um tempo. É algo que o faz ser exatamente o que é. Uma dimensão conformadora de sua identidade. Não divide, por isso, sua vida em apartados tempos opostos e incomunicáveis de concentração e relaxamento. A sua existência, afinal, confunde-se com o que faz. É, portanto, o que sempre quis ser, um magistrado. Não consegue ser parcial nem com os mais próximos. Mesmo nos embates tão comuns entre familiares e amigos, sendo chamado a opinar, faz questão de mostrar outros ângulos, perspectivas ou leituras possíveis. Eis a sua faceta humana. Não precisou, nesse caso, portanto, fazer sacrifícios: tudo se apresenta de modo absolutamente natural. É um exemplo claro de que as vocações de fato existem. De que a vida fica mais fácil quando se é fiel à natureza pessoal ou ao caráter e, então, ao canto do coração. O direito é um bom modo de ganhar a vida, mas é, também, muito mais do que isso. É fator de identidade pessoal, cultura e civilização.

Bem se vê que escolheu duas dimensões da vida para desfrutar de modo mais profundo, intenso e pleno. A família e a magistratura. Às duas vem dedicando a sua existência. Quanto à família, especialmente os filhos, mas não só eles, pretendeu transmitir valores, princípios e o amor pelo país e sua gente. A considerar a trajetória de cada um, é certo que, exceto por este que fala, alcançou verdadeiro êxito.

Quanto à segunda dimensão, o mesmo deve ser afirmado. Passa, a partir de hoje, a integrar a Corte de Justiça de um dos mais importantes Estados da Federação. Levará ao Tribunal a sua energia, a sua experiência, o seu intelecto, a sua refinada formação. Despido de vaidade pessoal, dotado de espírito prático e refratário ao solipsismo, não deixa de discutir as questões submetidas a julgamento, por mais comezinhas que sejam.

---

[9] *Ensaios*. São Paulo. Martin Claret, 2005, p. 78.

[10] ANDRADE, Carlos Drummond de. *Mãos dadas*. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 2006. p. 80. Poesia Completa. Poema da coletânea Sentimento do mundo.

[11] Hoje, aposentado em virtude da idade, dedica-se à leitura e à redação de obras históricas.

Não se curva ao entendimento majoritário se não estiver plenamente convencido do acerto das razões apresentadas como fundamento para a decisão. Não fica constrangido com o fato de, eventualmente, ver-se compelido a redigir o voto vencido. Sabe que é da disputabilidade intersubjetiva, da dialética processual, do confronto de ideias que nasce a justiça, produto do saber jurídico dependente do universo argumentativo para ser constituído.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Desembargador Cordeiro Clève, reconhece em Vossa Excelência as qualidades e virtudes que reivindica para o juiz brasileiro. Por isso prestigia e saúda de modo especial a sua posse. Os cidadãos de Guarapuava, Pitanga e Curitiba, muitos nesta solenidade presentes, estão orgulhosos com o feito do filho que ascende à mais nobre posição da mais difícil profissão jurídica. E os familiares — neste momento ouso falar, também, em nome da esposa, minha estimada mãe, e dos demais filhos, meus generosos irmãos, noras, genros e netos — acompanham com sentimento de alegria, experimentando infinito contentamento, a investidura do novo Desembargador, merecedor de cada pedaço da glória que conquistou.

Voltemos, para concluir, ao dinamarquês de língua alemã e ascendência francesa que se fez brasileiro. Num velho poema ele se perguntava se, desaparecendo, ouviria "junto da campa um soluçar dorido", vertendo o "sereno um prantear sentido". E a resposta é sim. Quem erige no mapa da memória coletiva obras, estradas e monumentos à justiça e à bondade não tem fim. Vive para sempre. Muitas vezes por meio dos pensamentos e atos dos que vêm adiante. Há uma linha viva de tradição. Avançamos, forjamos personalidade, caráter e, por isso, o futuro. Conquistamos prestígio e posição e, por mais que estejamos longe, muito longe, continuamos a habitar o primeiro lugar para render contas a quem nos viu pela vez inaugural. Tem razão, portanto, Mário Quintana quando diz: "Não importa que a tenham demolido: A gente continua morando na velha casa em que nasceu".[12]

O menino de Guarapuava hoje é Desembargador. Parabéns meu pai e meu mestre. Seja feliz na nova condição.

[12] *Quintana de bolso*. Porto Alegre: L&PM , 1997, p. 121

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

Numeração romana: partes
Numeração arábica: capítulos

A
ABORTO – I-3; I-6

AÇÃO
Ação (oposto a omissão) – I-3; III-5
Afirmativa – I-9
Anulatória – II-2
Civil Pública – I-4; II-1; II-6
De inconstitucionalidade genérica – I-4
De inconstitucionalidade por omissão – I-4
De perda de mandato – I-7
Declaratória de constitucionalidade – I-4; III-7
Desconstitutiva – II-2
Direta de inconstitucionalidade – I-4; II-4; II-5; II-6; I-9; III-7; IV-1; IV-2; IV-4
Discricionária – I-3
Do legislador – I-9; II-6; IV-3
Estatal – I-1; I-3; II-2; II-3; I-4; II-6; III-1; III-9
Fazendária – II-6
Governamental – I-1; III-1
Indenizatória – II-2
Jurisdicional – II-1
Ministerial – II-6
Penal Pública – II-6; IV-3
Policial – II-6
Política – I-8; I-6; III-9
Popular – I-7
Regressiva – II-2
Rescisória – II-2

ACESSO
A bens sociais – I-9; IV-4
A cargos públicos – I-6
A ensino superior – I-9
À informação – I-8
À justiça – II-1; V-4
A mandatos – I-6
Dos cidadãos – I-6; III-6; III-7; III-9

ADESÃO
A valores – II-3
Do Estado – I-3; II-1

ADMINISTRAÇÃO
Auto – II-1; II-6
Da justiça – I-3; II-1
Órgãos da – II-6
Pública – I-3; I-6; I-8; II-2; II-4; II-5; II-6; III-1; III-2; III-3; III-4; III-6; III-8; III-9; IV-1; IV-3; IV-4; V-2; V-4; V-5

AGÊNCIA REGULADORA – III-9

AMÉRICA
Indígena – I-3
Latina – I-1; I-3; III-5; III-6; V-9

AMICI CURIAE – IV-1

ANTITRUSTE – III-9

ARGUIÇÃO
De descumprimento de preceito fundamental – I-4; III-7; IV-2; V-5
No Senado – II-1

ATO
Administrativo – I-4; I-6
Composto – II-5
De infidelidade – I-7
Decisório – II-5
Discricionário – II-5
Discriminatório – I-9
Execução do – I-3
Ilegal – I-8
Impugnado – II-4; IV-1
Jurisdicional – II-2; II-4
Legislativo – I-4; III-2; IV-4
Normativo – III-3; III-5; IV-1; IV-2; IV-5
Unilateral – I-4

ATIVIDADE
Administrativa – II-4; IV-3
Correicional – II-1
De investigação – II-6
Do Estado – II-6
Do jurista – II-2
Econômica – III-8; III-9
Judicial – II-1; II-2; II-4; IV-1; V-4
Judiciária – II-2; II-4
Jurisdicional – II-1; II-2; II-3; II-6
Legislativa – II-4; III-2; III-5; V-3
Normativa – III-5
Policial – II-6; III-1
Político-partidária – II-1; II-6

AUTONOMIA – I-1; II-1; II-2; II-4; II-5; II-6;
Da lei – III-5
Dos Estados – III-1
Privada – III-2; V-2

B
BELO MONTE – I-3

BRASIL – I-3; II-1; II-2; II-3; II-5; II-6; III-1; III-2; III-3; III-5; III-6; III-7; III-8; III-9; IV-1; IV-2; IV-4; V-3; V-4; V-7; V-8; V-9

C
CARTA
Africana de direitos do homem e dos povos – I-3
Constitucional – II-6; III-1; III-9
Da Organização dos Estados Americanos – I-3
Das Nações Unidas (*de São Francisco*) – I-3
De Nice – I-3
Social europeia – I-3

CIDADÃO
Contribuinte – III-3
Honorário – V-7
Participativo – I-4; III-6
Ser humano – I-1; II-1; II-5; II-6; III-4; III-7; IV-3; IV-5; V-2; V-3; V-5; V-7

CLASSE
Corporativa – II-5; IV-1; V-8
Social – I-1; III-2

CONFERÊNCIA – I-3

CONSELHO
Administrativo de Defesa Econômica – III-9
Constitucional – II-3
Da Europa – I-3
De Estado – II-1
De Segurança da ONU – III-6
Estadual da OAB/PR – V-9
Federal da OAB – IV-1
Interamericano da educação, ciência e cultura – I-3
Interamericano econômico e social – I-3
Nacional de Justiça – II-1; II-2; II-4; IV-5; V-4; V-5
Nacional de Meio Ambiente – IV-4
Nacional de Política Energética – III-8
Nacional do Ministério Público – II-1; II-6

COMISSÃO
De verificação de poderes – II-3
Interamericana de direitos do homem – I-3
Provimento em – II-5; II-6; III-4
Provisória de estudos constitucionais (Comissão Afonso Arinos) – I-5

COMITÊ
De ministros – I-3
Parlamentar – III-5

COMPETÊNCIA
Administrativa eleitoral – II-3
Administrativa funcional – II-3
Comum – II-1
Concorrente – III-2
Constitucional – II-4
De juiz de paz – II-1
Do CNJ – II-1
Do Congresso Nacional – II-4
Do Executivo – II-5; III-5
Do pleno – II-4
Do Senado Federal – II-1; III-1
Do Tribunal de Contas – II-1
Do Tribunal Superior Eleitoral – II-3; II-6
Internacional – III-1
Jurisdicional – II-3
Legislativa – II-4; II-6; IV-1; IV-4
Normativa – II-3; II-4; III-5; V-3; V-4
Privativa – II-3; II-4
Regulatória – III-9
Residual – III-3

CONSTITUIÇÃO
Americana – II-3
Argentina – I-5
Brasileira – I-2; I-3; I-4; I-5; I-6; I-7; I-8; I-9; II-1; II-2; II-3; II-4; II-5; II-6; III-1; III-2; III-3; III-4; III-5; III-6; III-7; III-8; III-9; IV-1; IV-2; IV-3; IV-4; IV-5; V-1; V-2; V-3; V-4; V-5; V-6
De 1824 – II-3
De 1934 – II-3; III-1
De 1937 – II-3
De 1946 – II-3; III-1; III-5
De 1967/1969 – III-1; III-3
De Weimar – II-3
Defesa da – II-5
Econômica – III-9
Efetividade da – II-6
Estadual do Paraná – II-4
Força normativa da – II-6
Francesa – II-1; II-3; III-2
Global – III-6
Interpretação conforme a – II-2
Maioridade da – V-2; V-5
Pretérita – IV-5

CONSTITUCIONALISMO – I-8; II-2; II-3; III-3; III-6; III-7; IV-1

CONTROLE
Abstrato – II-4; IV-1; IV-2; IV-4; V-5
Concentrado – II-4; IV-1
Concreto – IV-2
Da função jurisdicional – II-1
De constitucionalidade – I-2; I-6; II-4; III-1; III-7; IV-1; IV-2
De dados – I-5
De legitimidade – II-1
Do poder – I-1; II-6
Dos órgãos internacionais – I-3
Eleitoral – II-3
Externo – II-1; II-6
Incidental – II-4; IV-1
Jurisdicional – II-1; III-3; IV-3; V-1; V-3
Políticas de – I-3; I-4; I-8; III-5; III-9
Político – II-5
Recíproco – II-1; II-5

CONVENÇÃO
Americana de Direitos do Homem – I-3
De Filadélfia – II-5
De Viena sobre direito dos tratados – I-3
Europeia dos Direitos do Homem – I-3

CORTE
De Cassação da Bélgica – II-5
Do Império – II-3
Estadual de Justiça – II-4
Europeia de Proteção dos Direitos Humanos – I-3
Interamericana de Direitos Humanos – I-3

CRIME
Autor do – II-6
Comum – I-3; IV-4
De magistrados – II-6
De responsabilidade – II-5; III-5
Materialidade do – II-6
Político – I-3

CURITIBA – V-7; V-9

D
DECLARAÇÃO
De inconstitucionalidade – II-4; III-7; IV-1; IV-2; IV-3
Universal dos Direitos do Homem – I-3

DEMOCRACIA – I-3; I-4; I-5; I-6; I-8; I-9; III-1; III-2; III-6; V-8
Autogoverno – I-1
Constitucional – I-1; II-2; III-5
Corporativa – II-5
Direta – II-3
Equilíbrio da – II-2
Externa – II-5
Indireta – II-3; II-5
Interna – II-5
Moderna – II-3
Participação – I-1
Representativa – I-7
Republicana – II-5

DIREITO
À igualdade em face da lei – I-3
À informação – I-4; I-8
À integridade da pessoa – I-3
À intimidade – II-1
A nacionalidade – I-3
À reunião – I-3
À vida – I-3; V-5
Administrativo – I-4; V-6
Adquirido – IV-5
Ao duplo grau – II-1
Ao nome – I-3
Ao reconhecimento da personalidade jurídica – I-3
Brasileiro – II-1; II-3; II-6; III-5; III-9; IV-1; V-1
Comparado – I-3; III-9
Comunitário – III-6
Constitucional – I-8; I-9; I-4; I-3; II-6; III-2; III-5; III-6; III-7; V-3; V-4; V-7
Cultural – I-3; IV-4;
Da concorrência – III-9
Da integração – III-6
Da mulher – I-3
Das gentes – I-3
De asilo – I-3
De impugnação – II-1
De minoria – I-6
De retificação ou resposta – I-3
De veto – II-5; II-6
De voto – I-3
Direitos de crédito – I-1
Direitos formais – I-1
Direitos reais – I-1
Do consumidor – II-6
Do homem – I-1
Econômico – I-3
Eleitoral – II-3; V-8
Financeiro – III-1
Humanos – I-3; IV-1
Infraconstitucional – II-2
Internacional – I-3; III-1; III-6; IV-1
Político – I-7
Privado – I-7
Público – II-3; III-1; V-6
Social – I-3; V-5

Subjetivo – I-3; II-5,
Supranacional – III-6
Teoria do – III-2
Tributário – III-7

DIREITOS FUNDAMENTAIS
Acumulação de – I-2
Bem jurídico – I-2; III-7
Colisão de – I-2; III-7
Concorrência de – I-2; III-7
Cruzamento de – I-2
Realização – II-1; III-5; III-7; III-8; IV-1; V-5; V-6
Tutela dos – II-2; II-6; III-3; III-6; IV-3; V-2; V-4

DISCURSO – V-6; V-7; V-8; V-9
Dos direitos – I-1; III-6; III-7
Jurídico – II-1; II-2; III-6
Político – II-5; II-6; III-6; III-9

E
EFICÁCIA
Contida – I-3
Diferida – I-6; III-3
Erga omnes – IV-1; IV-2
Formal – II-1
Horizontal – I-1; V-5
Limitada – I-3; IV-4
Plano da – II-4; III-7
Plena – I-3; I-9; I-4; III-5
Vertical – V-5

ESCRAVIDÃO – I-3

ESTADO
Abstenção do – I-1
Brasileiro – I-5; I-6; I-8; I-9; II-6; III-1; III-7; III-9
Capital do – II-3
Constitucional – III-7
Contratante –I-3
De defesa – III-5
De direito – I-4; I-2; I-6; II-1; II-2; II-6; III-1; III-2; III-5; III-7; IV-5; V-1
De guerra – III-3
De justiça – II-1
De Minas Gerais – II-4
De sítio – III-3; III-4
Democrático de Direito – I-5; I-7; I-9; II-1; II-2; II-3; II-6; III-1; III-2; III-3; III-7; IV-3; IV-5; V-2; V-5
Dever do – II-6; III-6
Do Paraná – II-4; V-7; V-8
Governador do – II-5; IV-1; IV-4
Juiz – II-2
Liberal – I-7
Membro – I-3; II-3; III-1; III-4; IV-4; V-3
Novo –II-3
Regulador – I-8; III-9

F
FEDERAÇÃO – I-9; III-1; III-2; III-5; III-7; IV-4; V-3

FICHA LIMPA – I-6

FIDELIDADE PARTIDÁRIA – I-6; I-7

G
GESTÃO
Da coisa pública – I-1; I-4; I-5; I-8; III-4; IV-3; V-4

GUARAPUAVA – V-8; V-9

H
HABEAS CORPUS – I-3; II-3; III-5

HABEAS DATA – I-3; I-5; III-5

I
INCONSTITUCIONALIDADE – I-4; I-6; I-9; II-1; II-2; III-3; III-7; III-8; IV-1; IV-2; IV-3; IV-4; IV-5; V-3

INTEGRAÇÃO – I-2; I-8; II-1; II-5; III-1; III-6; III-7; IV-4

INTERVENÇÃO
Da União – II-6
De terceiros – IV-1
Estatal – I-4; I-6; I-8; II-5; III-1; III-2; III-7; III-9

J
JUDICIALIZAÇÃO – I-6
Da Política – II-1

JURISDIÇÃO
Constitucional – I-6; I-7; II-4; III-2; III-7; IV-1; IV-2; IV-3; V-4; V-5
Criminal – II-6
Eleitoral – II-3
Exercício da – I-1; I-3; II-1; II-2; II-5
Federal – II-3
Penal – II-6

JUSTIÇA
Administração da – I-3; II-1; IV-5
Casuística – I-2
Constitucional – I-6
Denegação da – II-2
Do Trabalho – II-1; IV-1

Eleitoral – I-6; I-7; II-3; II-6; V-8
Especializada – II-1
Estadual – II-4; II-5
Federal – II-6
Ideia de – I-6; V-5
Ministério da – III-1; III-5
Procurador-Geral de – II-5; II-6
Reserva de – I-4; I-9; III-2; III_6; IV-4
Social – I-8; II-1; III-4; III-8; III-9; V-2

L
LEI
Da Ficha Limpa – I-6
De Acesso à Informação – I-8; I-5;
Do Terço – II-3
Eleitoral – II-3
Estadual – III-1; IV-4
Federal – I-3; I-4; I-5; I-6; I-7; I-8; I-9; II-1; II-3; II-4; II-5; II-6; III-1; III-2; III-7; III-8; III-9; IV-1; IV-2; IV-3; IV-5
Fundamento – I-2; I-3; III-2
Inconstitucional – II-1; II-4; IV-1
Injusta – II-1
Municipal – IV-2
Orgânica – II-2; II-4; II-5
Projeto de – III-3; III-4; V-2; V-7;
Rosa e Silva – II-3
Saraiva – II-3

LIBERDADE
Autonomia – I-4
Conceito de – I-4
De acesso – I-6
De conformação – II-1
De consciência – I-7
De escolha – I-6; II-5
De expressão – I-3; I-6
De imprensa – I-6
De informação – I-6
De locomoção – I-3; I-8; III-2; III-7
De pensamento – I-3; I-6
De religião – I-3
De reunião – I-6
Democrática – I-6
Dos antigos – I-4
Dos modernos – I-4
Expropriação da – I-6
Formal – I-1
Participação – I-4
Radicalização da – I-4
Real – I-1
Sindical – I-3
vide: DIREITOS DO HOMEM

M
MANDADO
De injunção – I-3
De segurança – I-3; I-4; II-1; II-3; III-5; IV-1; IV-5

MARXISMO – I-1

MEDIDA
Cautelar – I-3; I-7; IV-1; IV-2; IV-5
Legislativa – I-6
Provisória – I-8; II-6; III-2; III-3; III-5 V-1; V-3
Pública – I-1
Restritiva – I-2

MERCOSUL – III-6

MÉTODO
Democrático – II-3
Hermenêutico concretizador – I-2
Histórico – II-6
Instrumento – I-3
Ponderação – I-2

MINISTÉRIO PÚBLICO
Competência – II-6; IV-4
Delegada – II-4
Eleitoral – I-9; II-3
Estadual – II-1; II-5
Federal – I-8; I-4; II-1
Função – II-5; II-6; IV-4; V-5; V-2
Garantias – II-6
Investigação – II-6
Legitimidade – II-1; II-6
Órgãos – II-6

MONOPÓLIO – III-8; III-9

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – III-6; V-1

N
NORMA
Conflito entre – I-2
Constitucional – I-5; I-6; I-7; II-3; II-5; II-6; III-5; IV-2; IV-4; IV-5; V-1
Convencional – I-3
De organização – I-3
Fonte da – I-8
Hierarquia de – I-9
Incidência da – I-4
Originária – II-5
Regimental – II-4

O
ORDEM
Dos Advogados do Brasil – II-6; IV-1; V-9

ORGANIZAÇÃO
Da Justiça Eleitoral – II-3
Da sociedade – I-8
Das Nações Unidas – I-3; III-6
Do Ministério Público – II-6
Do poder – I-1
Dos Estados Americanos – I-3
Dos tribunais – II-1;
Política – II-5; III-2; III-7
Social – I-8

P
PACTO
Americano – I-3
Dos direitos civis e políticos (de São José da Costa Rica) – I-5; I-3; II-1
Europeu – I-3
Federativo – V-2

PARTIDO POLÍTICO – I-4; I-6; I-7

PENA
De morte – I-3
Desumana – I-3
Disciplinar – I-7

PERDA DO MANDATO – I-7

PETRÓLEO – III-8

PODER
Abuso de – I-5
Constitucional – III-1
Constituinte – II-4; III-1; III-3; IV-5
De Investigação – II-6
De Reforma – II-4; IV-5
Decisório – I-6; I-4
Estatal – I-1; I-8; I-6; II-1
Executivo – I-4; I-9; II-5; II-6; III-2; III-3; III-5; III-6; IV-1; IV-3; IV-4; V-1; V-3
Informático – I-5
Judiciário – II-1; II-2; II-5; II-6; III-1; III-7; III-8; IV-5; V-4; V-5
Legislativo – II-6; V-1; I-4; I-3; III-2; IV-2; IV-3; IV-4; V-6
Normativo – III-5
Político – I-1; I-6; II-3; III-1; III-2; III-9; IV-1; V-5; V-8
Público – I-1; I-4; I-3; I-5; I-6; I-8; II-1; II-2; III-2; III-5; III-6; III-9; IV-1; IV-2; IV-4; IV-5

POLÍTICA – I-1; I-2; I-3; I-4; I-5; I-6; I-7; I-8; I-9; II-1; II-3; II-5; II-6; III-1; III-2; III-3; III-4; III-5; III-6; III-7; III-8; III-9; V-1; V-2; V-7; V-8; V-9

PRESCRIÇÃO – IV-3; IV-5

PRESIDENCIALISMO – I-4; III-5
De coalizão – III-4; V-2; V-3

PRINCÍPIO
Adequação – I-2
Anterioridade – I-6; III-3
Anualidade – I-6
Concordância prática – I-2
Conformidade constitucional – I-2
Da concorrência – III-9
Da maioria – I-6
Democrático – I-6; I-7
Devido processo legal – I-2; II-6
Dignidade da pessoa humana – III-6
Do duplo grau de jurisdição – II-1
Efeito integrador – I-2
Eficiência – I-2; IV-3
Federalismo – III-1
Força normativa da constituição – I-2
Garantista – I-6
Geral de participação – I-4
Harmonização – I-2
Hermenêutica constitucional – I-2
Igualdade – I-9; I-4; V-5
Inafastabilidade da prestação jurisdicional – II-1
Inicialidade legislativa – II-1
Institutivo – I-3
Interpretação conforme a constituição – I-2
Interpretação efetiva – I-2
Irredutibilidade de subsídios – II-6
Irretroatividade – I-3; I-6
Juridicidade – II-4
Legalidade – I-3; II-4; III-3
Moralidade – I-6; I-4
Necessidade – I-2
Non bis in idem – I-6
Nulla poena sine lege – I-3
Organizativo – II-1
Presunção da inocência – I-6
Proporcionalidade – I-2; IV-3
Razoabilidade – IV-3
Republicano – II-4
Responsabilidade civil objetiva – I-8; II-2
Revogabilidade do mandato imperativo – I-7
Separação dos poderes – II-5; II-6; III-5; IV-2; V-1
Tipicidade – III-2
Unidade da constituição – I-2; II-5
Vedação do retrocesso – I-6

PROTEÇÃO
Ao crédito – I-5
Da confiança – IV-5
Da democracia – I-6
Da honra e dignidade humana – I-3
Da Intimidade – I-3
Da liberdade e segurança individuais – I-3
Da propriedade – I-3
Da vida e integridade pessoal – I-3
De bens jurídicos – I-2; II-2; II-6; III-9; IV-4
De dados pessoais – I-5
Do cidadão – I-1
Do direito de acesso – I-5
Do direito positivo – I-5
Do idoso – I-9
Do meio ambiente – I-4; III-1
Igual (proteção) – I-9
Internacional dos direitos do homem – I-3

PROTOCOLO
Adicional – I-3
De Buenos Aires – I-3
De direitos econômicos, sociais e culturais (de São Salvador) – I-3
Número 11 – I-3
Vide: PACTO

Q
QUÓRUM – III-3; IV-1

R
RATIFICAÇÃO – I-3; I-4; I-7

RECURSO
Administrativo – I-8
Constitucional – I-3
De amparo – I-3
Especial – I-3; IV-5
Extraordinário – I-6; IV-1; IV-2; V-5
Intelectual – I-1
Ordinário – II-6
Por excesso de poder – I-3

REGULAÇÃO – I-8; I-3
Da sociedade – III-2
De fomento – III-9
Do mercado – I-6
Do método democrático – II-3

REGULAMENTO
Autônomo – III-5
De execução – III-2; III-5
De necessidade – III-5
Delegado – III-5
Independente – III-5

RESERVA EM TRATADO – I-3

RESPONSABILIDADE
Administrativa – I-4
Civil – I-4; IV-5
Civil Objetiva do Estado – I-8; II-2
Civil por ato jurisdicional – II-2
De escolhas – I-9; V-5
Do Município – II-1
Do Poder Público – I-8; II-2; III-9
Funcional – I-8
Penal – I-8; I-4; IV-5
Por danos – II-1

RINHA DE GALO – IV-4

S
SENTENÇA
Execução de – I-3
Julgamento de – IV-2
Rescisória – II-2
Trânsito em julgado de – I-6

SERVENTIA
Extrajudicial – IV-5

SISTEMA
Bifásico – II-5
Constitucional – I-9; II-1; II-2; II-6; III-1; III-2; III-3; III-5; IV-1; IV-5; V-1; V-3
De controladoria da União – I-8
De freios e contrapesos – II-5
Democrático – I-6
Do mandato imperativo – I-7
Econômico – I-8
Eleitoral – I-6; II-3
Internacional – II-6
Jurídico – I-8; I-5; II-1; IV-3; IV-5
Jurisdicional – II-3
Político – I-4; III-4; III-5
Processual – II-6
Regional americano – I-3
Regional europeu – I-3
Representativo – I-7
Unitário de normas – I-2

SOCIEDADE
Brasileira – III-3; III-6; III-7; III-9; IV-4; V-2; V-4; V-5; V-7
Comercial – II-6

De advogados – II-6
Defesa da – II-5; III-2
Do trabalho – I-8
Técnica – II-1; III-5

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – I-3

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IV-5

SUPREMA CORTE AMERICANA – II-1; II-6; III-7

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Competência do – II-1; II-3; II-4; II-6; V-3
Jurisprudência – I-3; I-6; I-7; I-9; II-5; III-1;III-3; III-5; III-6; III-7; III-8; IV-1; IV-2; IV-3; IV-4; IV-5; V-1; V-4; V-5

T
TÉCNICA
Convencional – I-3
De decisão – I-2; I-8
De gestão – I-8
De interpretação – II-6
De intervenção – I-6
De limitação e restrição – I-2
De redação – I-3; II-6; III-5
Democrática de participação – I-4; I-7
Imprecisão – I-6
Legislativa – II-6
Vide: MÉTODO; PONDERAÇÃO

TORTURA – I-3

TRABALHO
Condições dignas de – I-3; IV-3
Direito ao – I-1; I-3; I-9
Divisão do – I-6; III-9
Do cidadão – I-4
Forçado – I-3

TRATADO – I-5; III-1; III-6
Americano – I-3
Europeu – I-3
Vide: CONVENÇÃO, PACTO

TRATAMENTO
De dados – I-5
Degradante – I-3
Igualitário – I-9; II-2
Jurídico – I-9; III-4; III-7; III-9
Preferencial – I-9; III-8
Vide: PENA

TRIBUNAL
Administrativo de Defesa Econômica – III-9
De Contas da União – I-8; II-6
De Justiça do Paraná – II-4; V-9
De Luxemburgo – III-6
Do Mercosul – III-6
Pleno – I-3
Regional Eleitoral do Paraná – V-7; V-8
Superior Eleitoral – I-4; I-6; I-7; I-9; II-3
Vide: CORTE

TRIBUTAÇÃO
Contribuições – III-3
Empréstimo compulsório – III-3
Impostos – III-3
Lei tributária inconstitucional – III-7
Reforma – V-2

X
XINGU – I-3

ÍNDICE DA LEGISLAÇÃO

Numeração romana: partes
Numeração arábica: capítulos

CARTA
Das Nações Unidas – I-3
De São Francisco – I-3

CÓDIGO
Civil – II-1; II-2
Art. 954 – II-2
De Defesa do Consumidor – II-1
De Processo Civil – I-6; II-2
Art. 133 – II-2
Art. 543-B – I-6
De Processo Penal – II-2
Art. 630 – II-2
Eleitoral – I-6; II-3
Art. 1º - I-6
Art. 23 – I-6
Art. 36 – II-1
Tributário Nacional – III-1

CONSTITUIÇÃO
Americana de 1787 – II-3
Argentina – I-5
Art. 43 – I-5
Da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 – II-6; III-1; III-2
Da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 – II-3; II-6; III-1; IV-1
Art. 95 – II-6
Art. 96 – II-6
Art. 97 – II-6
Art. 98 – II-6
Da República Federativa do Brasil de 1967 – II-3; II-6; III-1; III-8; IV-5
Art. 126 – II-3
Art. 130 – II-3
Art. 131 – II-3
Art. 208 – IV-5
Do Império do Brasil de 1824 – II-3; II-6
Art. 21 – II-3
Art. 48 – II-6
Dos Estados Unidos do Brasil de 1937 – II-3; II-6
Dos Estados Unidos do Brasil de 1946 – II-3; II-6; III-1; III-2; III-5; IV-1
Espanhola de 1978 – I-4
Estadual do Paraná – II-4
Art. 99 – II-4
Francesa de 1789 – I-4
Francesa de 1791 – I-4
Francesa de 1958 – III-2
Art. 34 – III-3
Italiana – I-4; III-2
Art. 75 – I-4
Art. 76 – III-2
Federal da Confederação Suíça de 1999 – I-4
Art. 138 – I-4
Art. 139 – I-4
Art. 139-A – I-4
Federal da República Federativa do Brasil do ano de 1988 – I-2; I-4; I-5; I-6; I-7; I-8; I-9; II-1; II-2; II-3; II-4; II-5; II-6; III-1; III-2; III-3; III-4; III-5; III-7; III-8; III-9; IV-1; IV-2; IV-3; IV-4; IV-5; V-1; V-2;V-3; V-4; V-5
Preâmbulo – I-9
Art. 1º – I-2; I-4; I-8; I-9; III-5; IV-4
Art. 2º – II-1; III-5
Art. 3º – I-9; III-8; IV-4
Art. 5º – I-2; I-4; I-5; I-8; I-9; II-1; II-1; II-6; III-1; III-2; III-3; III-5
Art. 7º – I-4
Art. 8º – II-1
Art. 10 – I-4
Art. 11 – I-4
Art. 14 – I-4; I-6
Art. 15 – I-6; I-7
Art. 16 – I-6
Art. 17 – I-7; II-3
Art. 18 – I-4
Art. 21 – III-1
Art. 22 – III-1
Art. 23 – II-1
Art. 24 – III-1; IV-4
Art. 25 – II-4; III-1
Art. 27 – III-1
Art. 28 – III-1
Art. 29 – I-4
Art. 33 – III-5
Art. 34 – III-1
Art. 37 – I-4; I-5; I-8; I-9; II-2; III-1; IV-3
Art. 39 – I-4
Art. 43 – III-1
Art. 48 – III-5
Art. 49 – I-4; III-3; III-5
Art. 51 – III-5

Art. 52 – II-6; III-1; III-5
Art. 55 – I-7
Art. 59 – III-2; IV-1
Art. 60 – II-5; IV-2
Art. 61 – I-4; II-6
Art. 62 – II-6; III-3; V-1; V-3
Art. 64 – V-1
Art. 68 – II-6; III-3
Art. 81 – III-5
Art. 84 – III-5
Art. 85 – II-6; III-5
Art. 87 – III-5
Art. 89 – I-4
Art. 93 – II-1; II-4; III-1
Art. 94 – II-1; III-1
Art. 95 – II-1; II-2; II-6
Art. 96 – II-1; II-3; II-4; II-6
Art. 97 – II-4
Art. 98 – II-1
Art. 99 – II-1
Art. 101 – II-1
Art. 102 – II-6; IV-1; IV-2
Art. 103 – I-4; II-6
Art. 103-B – II-1
Art. 104 – II-1
Art. 105 – II-6
Art. 108 – II-6
Art. 111-A – II-1
Art. 118 – II-1; II-3
Art. 119 – II-3
Art. 120 – II-3
Art. 121 – II-3
Art. 126 – II-1
Art. 127 – II-5; II-6
Art. 128 – II-5; II-6
Art. 129 – II-6
Art. 130 – II-6
Art. 130-A – II-6
Art. 134 – II-1
Art. 136 – III-5
Art. 137 – II-1; III-3; III-5
Art. 138 – III-5
Art. 142 – I-4
Art. 143 – I-4
Art. 144 – II-6
Art. 148 – III-1; III-3
Art. 149 – III-1
Art. 149-A – III-1
Art. 150 – III-3
Art. 151 – III-1
Art. 153 – III-1; III-3
Art. 154 – III-1; III-3
Art. 155 – III-1
Art. 156 – III-1
Art. 165 – II-1
Art. 168 – II-1
Art. 169 – II-1
Art. 170 – III-8; III-9
Art. 173 – III-1; III-2; III-8; III-9
Art. 174 – I-4; III-9
Art. 175 – III-9
Art. 177 – III-8
Art. 179 – I-4
Art. 187 – I-4
Art. 194 – I-4
Art. 195 – III-1; III-3
Art. 204 – I-4
Art. 206 – I-4
Art. 215 – IV-4
Art. 216 – I-4; I-5; I-8; IV-4
Art. 219 – III-8
Art. 225 – I-4; IV-4
Art. 236 – IV-5
Art. 241 – III-1
Art. 2º do ADCT – I-4
Art. 25 do ADCT – III-5
Art. 29 do ADCT – II-6
Emenda Constitucional nº 16/1965 – IV-1
Emenda Constitucional nº 1/1969 – II-3; II-6; III-1
Emenda Constitucional nº 22/1982 – IV-5
Emenda Constitucional nº 9/1995 – III-8
Emenda Constitucional nº 19/1998 – I-4; II-6
Emenda Constitucional nº 32/2001 – III-3; V-1; V-3
Emenda Constitucional nº 42/2003 – III-3
Emenda Constitucional nº 45/2004 – II-1; II-4; III-7; IV-1; V-4
Emenda Constitucional nº 16/2005 da Constituição Estadual do Paraná – II-4
Magna Carta de 1215 – I-4
Peruana – I-5
Art. 200 – I-5
Portuguesa – I-5
Art. 35 – I-5

CONVENÇÕES

Convenção Americana sobre os Direitos do Homem – I-3
Art. 21 – I-3
Art. 22 – I-3
Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem – I-3
Art. 1º (do quarto protocolo adicional) – I-3
Art. 2º (do quarto protocolo adicional) – I-3
Art. 3º (do quarto protocolo adicional) – I-3
Art. 4º (do quarto protocolo adicional) – I-3
Convenção da União de Paris – I-5

DECLARAÇÃO
Francesa de 1789 – I-4
Universal dos Direitos do Homem – I-3

DECRETO
6.094/1876 (regulamentou a Lei nº 2.675/1875) – II-3
3.029/1881 ("Lei Saraiva") – II-3
20.910/1932 – IV-5
Art. 1º – IV-5
7.824/2012 (regulamentou a Lei nº 12/711/2012) – I-9

ESTATUTO
Da Criança e do Adolescente – II-1; II-6
Art. 201 – II-6
Art. 208 – II-1
Art. 224 – II-1
Do Idoso – I-9; II-6
Art. 39 – I-9
Art. 74 – II-6

LEI
2.675/1875 ("Lei do Terço") – II-3
35/1892 – II-3
1.269/1904 ("Lei Rosa e Silva") – II-3
3.139/1916 – II-3
3.208/1916 – II-3
1.060/1950 (prevê a assistência judiciária gratuita) – II-1
2.004/1953 – III-8
4.137/1962 – III-9
4.989/1965 (dispõe sobre a responsabilidade civil, administrativa e penal de servidores públicos) – I-4
35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) – II-2; II-4
Art. 49 – II-2
Art. 102 – II-4
7.297/1980 (Código de Organização da Divisão Judiciária do Estado do Paraná) – IV-5
Art. 178 – IV-5
7.347/1985 (dispõe sobre a Ação Civil Pública) – I-4; II-1; IV-2
Art. 16 – IV-2
7.853/1989 – I-9; II-1
7.913/1989 – II-1
64/1990 (modificada pela Lei Complementar nº 135/2010) – I-6
73/1993 – IV-1
Art. 40 – IV-1
75/1993 – II-6
Art. 26 – II-6
8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) – II-5; II-6
80/1994 – II-1
8.884/1994 – III-9
8.935/1994 (Lei dos Notários) – IV-5
Art. 14 – IV-5
8.987/1995 (dispõe sobre as concessões administrativas) – I-4
9.096/1995 (dispõe sobre os Partidos Políticos) – I-7; IV-3
Art. 13 – IV-3
Art. 18 – I-7
Art. 22 – I-7
9.296/1996 (dispõe sobre a inviolabilidade das comunicações de dados) – I-5
9.478/1997 – III-8
Art. 26 – III-8
Art. 28 – III-8
Art. 37 – III-8
Art. 43 – III-8
Art. 51 – III-8
9.504/1997 (dispõe sobre as Eleições) – I-9
Art. 10 – I-9
2.895/1998 (Lei do Rio de Janeiro) – IV-4
9.605/1998 – IV-4
Art. 32 – IV-1
9.637/1998 (dispõe sobre as Organizações Sociais)
Art. 1º – I-4
Art. 5º – I-4
9.709/1998 (regulamenta o art. 14, inc. I, II e III da CF/88)
Art. 2º – I-4
Art. 3º – I-4
Art. 10 – I-4
Art. 11 – I-4
9.784/1999 – IV-5
Art. 54 – IV-5
9.840/1999 – I-6
9.868/1999 – III-7; IV-1; IV-2
Art. 3º – IV-1
Art. 6º – IV-1
Art. 7º – IV-1
Art. 8º – IV-1
Art. 9º – IV-1
Art. 10 – IV-1
Art. 12 – IV-1
Art. 21 – IV-2
Art. 22 – IV- 1
Art. 23 – IV-1
Art. 26 – IV-1
Art. 27 – IV-1; IV-2
Art. 28 – IV-2
9.882/1999 – III-7; IV-2
Art. 2º – IV-2

Art. 4º – IV-2
Art. 5º – IV-2
Art. 10 – IV-2
Art. 11 – IV-2
Art. 12 – IV-2
Art. 13 – IV-1
9.970/1999 (dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público)
Art. 1º – I-4
Art. 3º – I-4
310-01/2001 (Lei do Município de Fazenda Vilanova) – IV-4
10.408/2002 – I-6
10.740/2003 – I-6
11.079/2004 (dispõe sobre a Parceria Público-Privada – PPP)
Art. 2º – I-4
11.111/2005 (modificada pela Lei nº 12.527/11) – I-4; I-5
11.300/2006 – I-6
12.034/2009 – I-6
135/2010 – I-6
12.527/2011 (dispõe sobre o acesso à informação) – I-4; I-5; I-8
Art. 2º – I-8
Art. 7º – I-8
Art. 8º – I-8
Art. 9º – I-8
Art. 10 – I-8
Art. 11 – I-8
Art. 12 – I-8
Art. 13 – I-8
Art. 14 – I-8
Art. 15 – I-8
Art. 16 – I-8
Art. 17 – I-8
Art. 18 – I-8
Art. 19 – I-8
Art. 20 – I-8
Art. 21 – I-8
Art. 32 – I-8
Art. 33 – I-8
Art. 34 – I-8
12.529/2011 – III-9
Art. 31 – III-9
Art. 36 – III-9
Art. 88 – III-9
12.711/2012 (dispõe sobre o ingresso nas universidades e institutos federais) – I-9
Art. 1º – I-9
Art. 7º – I-9

MEDIDA PROVISÓRIA
405/2007 – IV-1

RESOLUÇÃO
22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral – I-7
23.373/2011 do Tribunal Superior Eleitoral – I-9

REGIMENTO INTERNO
Do Tribunal de Justiça do Paraná – II-4
Art. 82 – II-4
Do Supremo Tribunal Federal – IV-1
Art. 170 – IV-1
Do Conselho Nacional de Justiça – IV-5
Art. 91 – IV-5

A
ABRAMOVICH, Víctor – I-1
ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de – III-4
ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – III-5
ABRUCIO, Fernando Luiz – III-1
ADORNO, Sergio – II-1
AFFONSO, Rui de Brito Álvares – III-1
AGRA, Walber de Moura – I-7; III-5
AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de – II-2
ALEGRE, Marcelo – I-8
ALEXY, Robert – I-2; I-8; III-6; III-7; IV-3
ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de – III-1; III-5
AMARAL, Roberto – I-6
AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do – III-3
ANDERSEN, Robert – I-4
ANDRADE, Carlos Drummond de – V-7
ANDRADE, José Carlos Vieira de – I-2
ARAGÃO, Alexandre Santos de – I-8; III-9
ARANGO, Rodolfo – I-1
ARATO, Andrew – I-8; III-5
ARAÚJO, Edmir Netto de – II-2
ARAUJO, Luiz Alberto David – I-9
ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de – III-1
ARENDT, Hannah – II-1
ARENHART, Sergio Cruz – II-1
ARON, Raymond – I-1
ASSIS, Machado de – II-3
ATALIBA, Geraldo – III-3; III-5; III-7
AVELÃS NUNES, Antonio José – III-6
ÁVILA, Humberto – II-6; III-3; III-6; III-7; IV-3
AVRITZER, Leonardo – I-4

B
BACELLAR FILHO, Romeu Felipe – I-4
BALEEIRO, Aliomar – III-1
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – I-4; I-9; II-1; II-2; III-5; IV-3
BAPTISTA, Patrícia – IV-5
BARACHO, José Alfredo de Oliveira – III-1
BARCELLOS, Ana Paula de – II-1; III-7; IV-3
BARIONI, Danilo Mansano – III-3
BARROS, Suzana de Toledo – I-2
BARROSO, Luís Roberto – I-1; I-6; II-1; II-4; II-6; III-1; III-3; III-6; III-7; III-9; IV-1; IV-2; IV-3; IV-5
BASTOS, Celso Ribeiro – III-1; III-3; III-5; III-7; IV-2
BASUALDO, Martín Galli – II-2
BERCOVICI, Gilberto – III-1
BERTI, Giorgio – III-3
BEVILÁQUA, Clóvis – IV-5
BIN, Roberto – IV-3
BINENBOJM, Gustavo – II-4; III-5; IV-1; IV-2
BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo – II-1
BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio – IV-3
BOBBIO, Norberto – I-1; II-3
BON, Pierre – II-3
BONAVIDES, Paulo – I-2; II-3; II-6; III-1; III-5; IV-3
BORGES, José Souto Maior – I-2; III-3
BOROWSKI, Martin – III-7
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – I-8; II-2; II-4; III-5; IV-1; IV-2; IV-3
BRITTO, Carlos Ayres – III-3
BRYANT, Garth – II-1
BURDEAU, Georges – II-1 ; II-3
BURLE FILHO, José Emmanuel – II-5; II-6
BUZAID, Alfredo – III-1; IV-2

C
CABRAL, Antonio do Passo – IV-1
CACHAPUZ, Maria Cláudia – IV-3
CAMBI, Eduardo – III-1
CAMMAROSANO, Márcio – I-4
CAMPILONGO, Celso Fernandes – I-6; II-1; III-9
CANAS, Vitalino – IV-3
CANOTILHO, José Joaquim Gomes – I-2; I-6; II-1; III-2; III-5; III-6; IV-3
CAPPELLETTI, Mauro – II-1; II-3
CARBONELL, Miguel – III-7
CARMO, Glauber S. Tatagiba do – II-6
CARRAZZA, Roque Antônio – III-1; III-3; III-5
CARRÉ DE MALBERG, Raimond – III-2
CARVALHO, Paulo de Barros – III-3; IV-5
CARVALHO FILHO, José dos Santos de – II-2
CARVALHO NETTO, Menelick de – II-1
CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira – I-2; II-5; III-5
CAVALCANTI, Rosângela Batista – II-1
CAVALCANTI, Themístocles Brandão – III-1
CERDA, Luis Francisco – II-2
CHIARO, José Del – III-9
CHIESA, Clélio – III-3
CHOUKR, Fauzi Hassan – II-6
CHUEIRI, Vera Karam de – III-6
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo – II-1; II-5

CLARK, Giovani – III-3
CLÈVE, Clèmerson Merlin – I-6; I-8; I-9; II-1; II-2; II-3; II-4; II-5; II-6; III-1; III-2; III-3; III-5; III-6; III-7; III-9; IV-1; IV-2; IV-3; IV-5
COELHO, Inocêncio Mártires – I-8; II-2; II-4; II-6; III-3; III-5; IV-1; IV-3
COELHO, Sacha Calmon Navarro – III-3
COMPARATO, Fábio Konder – I-1; I-9; II-6
CONCI, Luiz Guilherme Arcaro – III-7
CONSTANT, Benjamin – I-4
COSTA, Alcides Jorge – III-3
COSTA, Antônio Tito – II-3
COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da – IV-1
COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da – II-6
COSTÓDIO FILHO, Ubirajara – IV-3
COURTIS, Christian – I-1
COUTINHO, Diogo Rosenthal – III-9
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – III-6
CRETELLA JÚNIOR, José – I-9
CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza – IV-1; III-7
CRUZ, Sidney Souza – III-3
CUÉLLAR, Leila – III-5
CUNHA, Fernando Whitaker da – II-3
CUNHA, Luciana Siqueira Gross – II-1
CUNHA, Paulo Ferreira da – III-6
CUNHA, Sérgio Sérvulo da – I-4; I-6; II-1; II-6
CYRINO, André Rodrigues – III-5

D

DALLARI, Adilson de Abreu – I-4
DALLARI, Dalmo de Abreu – III-1
DALLAZEM, Dalton Luiz – III-3
DAMATTA, Roberto – I-8
DAMOUS, Wadih – III-3
D'ANGELO, Élcio Félix – II-1
DANTAS, Francisco Wildo Lacerda – III-3
DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro – III-7
DANTAS, San Tiago – IV-3
DAY, Diane – I-8
DELGADO, José Augusto – II-1
DELPÉRÉE, Francis – I-4
DEMBOUR, Jacques – II-1
DERZI, Misabel Abreu Machado – III-3
DEVOLVE, Pierre – II-1
DIAS, Cibele Fernandes – III-6
DIMOULIS, Dimitri – I-6
DINAMARCO, Cândido Rangel – II-2
DINIZ, Maria Helena – IV-5
DINO, Flávio – III-3
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – I-4; I-8; II-2; III-5; IV-3; IV-5
DIXON, Rosalind – I-6
DROMI, Roberto – I-5
DUBET, François – I-9
DUTRA, Pedro – III-9
DWORKIN, Ronald – I-6; I-9; II-1; III-6; III-7

E

ELSTER, Jon – I-6; IV-1
ELY, John Hart – I-6; III-6

F

FACHIN, Zulmar – II-2
FAGUNDES, Miguel Seabra – III-1; III-5
FAORO, Raymundo – II-3
FARIA, Juliana Cordeiro de – II-2
FARIAS, Edilson Pereira de – I-2
FARIAS, Paulo José Leite – III-1
FARINA, Elizabeth M. M – III-9
FARINA, Laércio – III-9
FELDENS, Luciano – II-6
FELLET, André Luiz Fernandes – I-6
FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon – III-5
FERRARI, Regina Maria Macedo Nery – I-4; III-1; IV-1
FERRAZ, Anna Cândida da Cunha – II-5; III-1; III-3
FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo – II-6
FERRAZ, Luciano – I-4
FERRAZ, Sergio – I-4; III-5
FERRAZ, Sérgio Valladão – III-3
FERREIRA, Manoel Rodrigues – II-3
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – II-1; III-1; III-2
FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio – III-9
FERREIRA SOBRINHO, José Wilson – III-3
FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de – I-9
FIGUEIREDO, Lúcia Valle – I-4; III-5
FIGUEIREDO, Marcelo – I-4
FILOMENO, José Geraldo Brito – II-6; III-3
FIORI, José Luis – III-1
FIORILLO, Celso Antônio Pacheco – II-1
FISCHER, Octavio Campos – III-3; III-7
FONSECA, Gilberto Nardi – I-4
FONSECA, Ricardo Marcelo – II-2
FORGIONI, Paula – III-9
FORTES, Bonifácio – III-5
FRASER, Nancy – I-8; I-9
FREITAS, Juarez – I-4; II-1; III-3; III-7
FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca – I-9
FRISON-ROCHE, Marie-Anne – III-9

G

GADAMER, Hans-Georg – II-1
GALIANO, Leonardo de Faria – III-3
GARCIA, Emerson – II-6; IV-5
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo– III-5; IV-3

GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez de Castro – III-9
GARGARELLA, Roberto – I-8; I-9; II-1
GASPARINI, Diogenes – II-2; III-5; IV-3
GAVARA DE CARA, Juan Carlos – I-2
GÉNÉREUX, Jacques – I-8; I-9
GICQUEL, Jean – III-1
GODOY, Miguel Gualano de – II-1
GOMES, Joaquim B. Barbosa – I-9
GÓMEZ, José Maria – I-1
GRAMSTRUP, Erik Frederico – II-1
GRAU, Eros Roberto – I-4; I-6; II-6; III-2; III-5; IV-1; IV-3; IV-5
GRINOVER, Ada Pelegrini – III-5
GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti – I-8; III-1
GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho – II-6
GUEDES, Demian – II-2
GUERRA FILHO, Willis Santiago – I-2; IV-3; IV-5
GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim – II-6
GULLAR, Ferreira – II-2
GÜNTHER, Klaus – II-1

H
HÄBERLE, Peter – I-8; III-6; IV-1
HABERMAS, Jürgen – I-8; II-1; II-3; III-6; IV-1
HAGE, Jorge – I-8
HAMILTON, Alexander – III-1
HART, Herbert L. A – III-6
HAUMONT, Francis – I-4
HAURIOU, André – III-1
HERRERA FLORES, Joaquín – III-6
HESPANHA, António Manuel – I-8; II-2
HESSE, Konrad – I-2; II-6; III-1; III-3; III-7
HILST, Hilda – V-9
HOLMES, Stephen – I-6; I-9; III-7
HONNETH, Axel – I-9
HONÓRIO, Cláudia – III-7
HORTA, Raul Machado – III-1

I
IKAWA, Daniela – I-8; I-9
ITURRASPE, Jorge Mosset – II-2

J
JACQUES, Paulino – II-3
JAY, John – III-1
JORGE, Mário Helton – II-1
JUSTEN FILHO, Marçal – I-4; I-8; II-2; III-5; III-9

K
KADRI, Omar Francisco do Seixo – III-3
KELSEN, Hans – III-1; III-5
KLEVENHUSEN, Renata Braga – I-8
KRELL, Andreas – III-1
KYMLICKA, Will – I-9

L
LAFER, Celso – I-1
LANGROD, Georges – III-5
LARENZ, Karl – I-2
LAVIÉ, Humberto Quiroga – I-5
LEAL, Victor Nunes – III-2
LEFORT, Claude – I-1; I-4
LEITE, George Salomão – IV-3
LEITE, Luciano Ferreira – III-5
LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo – I-1
LIEBENBERG, Sandra – I-8
LIMA, Marcellus Polastri – II-6
LIMA SOBRINHO, Barbosa – II-3
LIMONGI, Fernando – III-4
LÔBO, Paulo Luiz Neto – III-1
LOPES, Júlio Aurélio Vianna – II-5, II-6
LOPES JUNIOR, Aury – II-6
LORENZETTO, Bruno Meneses – I-6
LUDWIG, Celso Luiz – III-7
LUNARDI, Soraya Gasparetto – I-6

M
MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto – III-1
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara – II-6
MACHADO, Hugo de Brito – III-3
MACHADO, Paulo Affonso Leme – IV-4
MADISON, James – III-1
MAFFINI, Rafael – IV-5
MAIER, Julio B. J. – II-6
MALISKA, Marcos Augusto – III-6
MANCUSO, Rodolfo de Camargo – II-6
MANEIRA, Eduardo – III-3
MARINONI, Luiz Guilherme – II-1; II-2
MARQUES, Maria Manuel Leitão – III-9
MARQUES NETO, Agostinho Ramalho – II-1
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo – I-8; III-9
MARTIN-RETORRILLO, Lorenzo – I-2
MARTINS-COSTA, Judith – IV-5
MARX, Karl – I-1; III-1
MATTOS, Paulo Todescan Lessa – III-9
MAUÉS, Antonio G. Moreira – III-1
MAURER, Hartmut – IV-5
MAZZILLI, Hugo Nigro – II-5; II-6
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – III-6
MEDAUAR, Odete – I-4; I-8
MEDINA, Diego Eduardo López – I-6
MEIRELLES, Hely Lopes – I-4
MENDES, Gilmar Ferreira – I-8; II-2; II-4; III-5; III-7; IV-1; IV-2; IV-3

MENEN, Eduardo – I-5
MESQUITA, Paulo Dá – II-6
MIAILLE, Michel – II-3
MILARÉ, Édis – II-6
MIRABETE, Julio Fabbrini – II-6
MIRANDA, Jorge – IV-2
MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris – III-5
MODESTO, Paulo – I-4
MONTESQUIEU – III-2
MORAES, Alexandre de – I-4; II-4; II-6; IV-5
MORAES, Guilherme Pena – II-1
MORAIS, José Luis Bolzan de – II-1
MORALES, Jairo López – II-2
MOREIRA, Egon Bockmann – I-4; I-8; IV-3
MOREIRA, José Carlos Barbosa – II-6
MOREIRA, Rômulo de Andrade – II-6
MOREIRA, Vital – I-2; I-8; III-6; III-9; IV-3
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – I-4; II-2; II-5; II-6; III-9; IV-3
MORON, Miguel Sanchez – I-4
MOUFFE, Chantal – I-8; II-3
MUKAI, Toshio – III-3
MÜLLER, Friedrich – I-2; I-8; II-6; III-3

N
NALINI, José Renato – II-1
NASCIMENTO, Carlos Valder do – II-2
NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do – III-3
NAVARRO, Zander – I-4
NELSON, Michael – III-5
NERY JÚNIOR, Nelson – II-1; II-6
NEVES, Marcelo – I-6; I-8; III-6; III-7; IV-3
NIEBUHR, Joel de Menezes – III-3
NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira – IV-3
NUSDEO, Ana Maria de Oliveira – III-9

O
O'DONNELL, Guilhermo – III-5
OFFE, Claus – I-8
OLIVEIRA, Fernando Andrade de – II-3
OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de – I-4; I-8
OLIVEIRA, Karem – III-3
OLIVEIRA, Régis Fernandes de – III-5
OMMATI, Fides – II-5
ORTIZ, Gaspar Arino – III-9
OTERO, Paulo – I-8
OTTO Y PARDO, Ignacio de – I-2

P
PACHECO, Cláudio – III-1
PEREIRA, Fábio Donisete – III-3
PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antonio – III-9
PERELMAN, Chaïm – II-5
PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique – I-6
PERRUD, Rogério José – III-3
PETERS, B. Guy – I-8
PILATTI, Adriano – III-7
PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio – III-3
PINTO FERREIRA, Luís – II-3
PIOVESAN, Flávia – I-8; I-9; III-6; III-7
PISARELLO, Gerardo – I-1
PITRUZZELA, Giovanni – IV-3
PONDÉ, Lafayette – II-5
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante – II-4; III-5
PONTIER, Jean-Marie – I-4
PORTANOVA, Rui – II-1
POSNER, Richard – III-7
POULANTZAS, Nicos – III-1; III-2
PRÉLOT, Marcel – III-1
PULIDO, Carlos Bernal – III-7

Q
QUEIROZ, Cristina M. – I-1; III-7; IV-3
QUINTANA, Mário – V-8

R
RANIERI, Nina – III-1
RAMAYANA, Marcos – I-6
RAMOS, Dircêo Torrecillas – III-1
RAMOS, Saulo – III-3
RAMOS FILHO, Wilson – II-1
RAWLS, John – I-2; I-9; II-3; IV-1
RIBEIRO, Antônio de Pádua – II-1
RIBEIRO, Fávila – II-3
RIVERO, Jean – I-1; III-5
ROBL FILHO, Ilton Norberto – II-1
ROCHA, Cármen Lúcia Antunes – I-9; II-1; III-1; IV-5
ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da – III-9
ROCHA, Fernando Luiz X – III-1
RODRIGUES, Leda Boechat – II-1; II-6
ROSENFELD, Michel – I-6; I-8; IV-2
ROYO, Javier Pérez – III-3
RUSSOMANO, Rosah – II-3
ROXIN, Claus – II-6

S
SADEK, Maria Tereza – II-1
SAGÜÉS, Néstor Pedro – I-5
SALDANHA, Nelson – III-1
SALOMÃO FILHO, Calixto – III-9
SAMPAIO, José Adércio Leite – II-1; IV-1; IV-3
SAMPAIO, Nelson de Sousa – I-7
SAMPAIO, Ricardo – II-5
SÁNCHEZ, Alberto M. – I-5
SANDEL, Michael J. – I-9
SANTOS, Boaventura de Sousa – I-4; II-1

SANTOS, Gustavo Ferreira – IV-3
SANTOS, Luiz Alberto dos – I-4
SANTOS, Milton – III-6
SARMENTO, Daniel – I-1; I-2; I-8; I-9; III-6; III-7; IV-1
SARLET, Ingo Wolfgang – I-1; I-8; II-1
SARTORI, Giovani – I-4; III-4
SAUWEN FILHO, João Francisco – II-5; II-6
SCHMITT, Carl – III-1
SCHMITTER, Philippe C. – I-8
SCHWARTZ, Bernard – II-1
SCOTTI, Guilherme – II-1
SEELAENDER, Airton Crequeira Leitte – II-2
SEN, Amartya – I-6; I-9
SERRANO, Pedro – I-8
SILVA, Fernanda D. L. Lucas da – I-9
SILVA, José Afonso da – I-4, I-5; I-6; I-7; II-2; II-4; II-6; III-1; III-3; III-5; III-6; III-7; IV-1; IV-3
SILVA, Pedro Luiz Barros – III-1
SILVA, Virgílio Afonso da – I-1; II-2; III-6; III-7
SILVEIRA, José Nery da – II-1
SLAGSTAD, Rune – I-6; IV-1
SLAIBI FILHO, Nagib – I-4
SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt – II-1
SOBREIRO NETO, Armando Antonio – II-3
SOUTO, Paulo – III-1
SOUZA, Carlos Aurélio – III-3
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de – III-7; IV-1
STERN, Klaus – I-2
STEINMETZ, Wilson Antônio – I-2
STRECK, Lenio Luiz – II-1; II-6; III-7
STUMM, Raquel Denize – IV-3
SUNDFELD, Carlos Ary – I-8; III-1; III-9
SUNSTEIN, Cass R. – I-6; I-9; III-7
SZKLAROWSKY, Leon Fredja – III-3

T
TÁCITO, Caio – III-3
TAVARES, Alexandre Macedo – III-3
TAVARES, André Ramos – I-7; II-1; IV-3
TEMER, Michel – III-1
THALER, Richard H. - I-6
THEODORO JÚNIOR, Humberto – II-2
TITO, Fabiana – III-9
TORRES, Ricardo Lobo – III-7
TRIGUEIRO, Oswaldo – III-1
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado – III-6
TUSHNET, Mark – I-6

U
UNGER, Roberto Mangabeira – I-6

V
VALIM, Rafael – I-8
VALLADÃO, Alfredo – II-6
VALLE, Vanice Regina Lírio do – I-8
VARGAS, Alexis Galiás de Souza – IV-2
VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho – II-6
VAZ, Manuel Afonso – III-2
VEDEL, Georges – II-1
VELASCO, Marina – I-9
VELLOSO, Carlos Mário da Silva – I-7; III-5
VENTURI, Elton – II-6
VERGOTTINI, Giuseppe de – III-5
VIEHWEG, Theodor – II-3
VIEIRA, José Roberto – III-3
VIEIRA, Oscar Vilhena – I-9; III-2; III-6; IV-4
VILANOVA, Lourival – III-3
VITA, Álvaro de – I-8
VOLOUDAKIS, M. Evanghelos – I-4

W
WALDRON, Jeremy – I-6
WAMBIER, Tereza Arruda Alvim – II-1
WANG, Daniel WeiLiang – II-2
WATANABE, Kazuo – II-1
WEBER, Max – II-3

X
XAVIER, Alberto – III-3

Z
ZAGREBELSKY, Gustavo – III-7
ZAVASCKI, Teori Albino – II-6

Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Gráfica Expressão e Arte em São Paulo/SP.